INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING
KASIKILI/SEDUDU ISLAND

(BOTSWANA/NAMIBIA)

JUDGMENT OF 13 DECEMBER 1999

1999

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE
DE L'ÎLE DE KASIKILI/SEDUDU

(BOTSWANA/NAMIBIE)

ARRÊT DU 13 DÉCEMBRE 1999

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING
KASIKILI/SEDUDU ISLAND

(BOTSWANA/NAMIBIA)

JUDGMENT OF 13 DECEMBER 1999

1999

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE
DE L'ÎLE DE KASIKILI/SEDUDU

(BOTSWANA/NAMIBIE)

ARRÊT DU 13 DÉCEMBRE 1999

Official citation:
Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment, I.C.J. Reports 1999, p. 1045

Mode officiel de citation:
Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie), arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045

ISSN 0074-4441
ISBN 92-1-070840-7

Sales number
N° de vente: **768**

13 DECEMBER 1999

JUDGMENT

KASIKILI/SEDUDU ISLAND
(BOTSWANA/NAMIBIA)

ÎLE DE KASIKILI/SEDUDU
(BOTSWANA/NAMIBIE)

13 DÉCEMBRE 1999

ARRÊT

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 1999

1999
13 December
General List
No. 98

13 December 1999

CASE CONCERNING KASIKILI/SEDUDU ISLAND

(BOTSWANA/NAMIBIA)

Special Agreement.
Tasks of the Court — Determination of boundary around Kasikili/Sedudu Island — Determination of Island's legal status.
Applicable law — Anglo-German Treaty of 1890 — Rules and principles of international law.

* *

1890 Treaty — Rules of interpretation as expressed in the 1969 Vienna Convention — Consideration of present-day scientific knowledge.

Text of Article III of the Treaty — Reference in English version to "centre of the main channel", in German version to "thalweg" of that channel — Various definitions of the term "thalweg" — Equivalence of expressions "centre of the main channel" and "Thalweg des Hauptlaufes" *— Method to be employed for interpretation of these expressions — Determination of "main channel" — Ordinary meaning of words "main channel" — Criteria enabling "main channel" to be identified — A number of criteria to be applied — depth; width; flow; navigability — Questions of visibility (or general physical appearance) and of the bed profile configuration of the channel.*
Object and purpose of the 1890 Treaty.
Travaux preparatoires.
Subsequent practice of the parties to the Treaty and their successors — Article 31, paragraph 3, of 1969 Vienna Convention — Eason Report (1912) — Trollope-Redman correspondence (1947-1951) — Joint Survey of 1985 — Presence of Masubia on the Island — Relevance of facts recorded, in absence of subsequent practice.

* *

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 1999

13 décembre 1999

1999
13 décembre
Rôle général
n° 98

AFFAIRE DE L'ÎLE DE KASIKILI/SEDUDU

(BOTSWANA/NAMIBIE)

Compromis.

Tâches de la Cour — Détermination de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu — Détermination du statut juridique de l'île.

Droit applicable — Traité anglo-allemand de 1890 — Règles et principes du droit international.

* *

Traité de 1890 — Règles d'interprétation exprimées dans la convention de Vienne de 1969 — Prise en compte de l'état présent des connaissances scientifiques.

Texte de l'article III du traité — Version anglaise parlant du « centre du chenal » principal et version allemande utilisant le terme « thalweg » dudit chenal — Définitions diverses du terme « thalweg » — Equipollence des expressions « centre du chenal principal » et «Thalweg des Hauptlaufes» *— Méthode à adopter pour l'interprétation de ces expressions — Détermination du « chenal principal » — Sens ordinaire des termes « chenal principal » — Critères permettant d'identifier le « chenal principal » — Pluralité des critères à retenir (profondeur; largeur; débit; navigabilité) — Questions de la visibilité (ou physionomie générale) et de la configuration du profil du lit du chenal.*

Objet et but du traité de 1890.

Travaux préparatoires.

Conduite ultérieure des parties au traité et de leurs successeurs — Article 31, paragraphe 3, de la convention de Vienne de 1969 — Rapport Eason (1912) — Correspondance Trollope-Redman (1947-1951) — Levé conjoint de 1985 — Présence des Masubia sur l'île — Pertinence des faits constatés en l'absence de pratique ultérieure.

* *

Maps — Evidentiary value — Map officially expressing intention of contracting parties — Express or implied agreement on validity of a boundary depicted on a map.

Location of boundary in the "main channel" — Term "thalweg" determinative in Article III, paragraph 2, of the Treaty — Line of deepest soundings.

* *

Acquisitive prescription — Reference in Special Agreement to "rules and principles of international law" — Basic conditions as set out by Namibia.

* *

Status of Kasikili/Sedudu Island — Kasane Communiqué of 1992 — Mutual guarantees for freedom of navigation.

JUDGMENT

Present: *President* Schwebel; *Vice-President* Weeramantry; *Judges* Oda, Bedjaoui, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Fleischhauer, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Parra-Aranguren, Kooijmans, Rezek; *Registrar* Valencia-Ospina.

In the case concerning Kasikili/Sedudu Island,

between

the Republic of Botswana,

represented by

Mr. Abednego Batshani Tafa, Advocate of the High Court and Court of Appeal of Botswana, Deputy Attorney-General,

as Agent, Counsel and Advocate;

H.E. Mr. S. C. George, Ambassador of the Republic of Botswana to the European Union, Brussels,

as Co-Agent;

Mr. Molosiwa L. Selepeng, Permanent Secretary for Political Affairs, Office of the President,

Professor Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., F.B.A., Chichele Professor of Public International Law, University of Oxford, Member of the International Law Commission, Member of the English Bar, Member of the Institut de droit international,

Lady Fox Q.C., former Director of the British Institute of International and Comparative Law, Member of the English Bar, Associate Member of the Institut de droit international,

Dr. Stefan Talmon, Rechtsassessor, D.Phil. (Oxon), LL.M. (Cantab), Wissenschaftlicher Assistent in the Law Faculty of the University of Tübingen,

as Counsel and Advocates;

Dossier cartographique — Valeur probante des cartes — Cartes exprimant officiellement la volonté des parties contractantes — Accord exprès ou tacite sur la validité d'une frontière figurée sur une carte.

Emplacement de la frontière dans le « chenal principal » — Terme « thalweg » déterminant au paragraphe 2 de l'article III du traité — Ligne des sondages les plus profonds.

* *

Prescription acquisitive — Référence aux « Règles et principes du droit international » dans le compromis — Conditions de fond énoncées par la Namibie.

* *

Statut de l'île de Kasikili/Sedudu — Communiqué de Kasane de 1992 — Garanties mutuelles en matière de liberté de navigation.

ARRÊT

Présents : M. SCHWEBEL, *président ;* M. WEERAMANTRY, *vice-président ;* MM. ODA, BEDJAOUI, GUILLAUME, RANJEVA, HERCZEGH, SHI, FLEISCHHAUER, KOROMA, VERESHCHETIN, Mme HIGGINS, MM. PARRA-ARANGUREN, KOOIJMANS, REZEK, *juges ;* M. VALENCIA-OSPINA, *greffier.*

En l'affaire de l'île de Kasikili/Sedudu,

entre

la République du Botswana,

représentée par

M. Abednego Batshani Tafa, *Advocate* de la *High Court* et *Court of Appeal* du Botswana, *Attorney-General* adjoint,

comme agent, conseil et avocat ;

S. Exc. M. S. C. George, ambassadeur de la République du Botswana auprès de l'Union européenne à Bruxelles,

comme coagent ;

M. Molosiwa L. Selepeng, secrétaire permanent aux affaires politiques, services de la présidence,

M. Ian Brownlie, C.B.E., Q.C., F.B.A., professeur de droit international public à l'Université d'Oxford, titulaire de la chaire Chichele, membre de la Commission du droit international, membre du barreau d'Angleterre, membre de l'Institut de droit international,

Lady Fox, Q.C., ancienne directrice du *British Institute of International and Comparative Law,* membre du barreau d'Angleterre, membre associé de l'Institut de droit international,

M. Stefan Talmon, *Rechtsassessor,* D.Phil. (Oxon), LL.M. (Cantab.), *Wissenschaftlicher Assistent* à la faculté de droit de l'Université de Tübingen,

comme conseils et avocats ;

Mr. Timothy Daniel, Solicitor of the Supreme Court; Partner, D. J. Freeman (Solicitors) of the City of London,

Mr. Alan Perry, Solicitor of the Supreme Court; Partner, D. J. Freeman (Solicitors) of the City of London,

Mr. David Lerer, Solicitor of the Supreme Court; Assistant, D. J. Freeman (Solicitors) of the City of London,

Mr. Christopher Hackford, Solicitor of the Supreme Court; Assistant, D. J. Freeman (Solicitors) of the City of London,

Mr. Robert Paydon, Solicitor of the Supreme Court; Assistant, D. J. Freeman (Solicitors) of the City of London,

as Counsel;

Professor F. T. K. Sefe, Professor of Hydrology, Department of Environmental Science, University of Botswana, Gaborone,

Mr. Isaac Muzila, B.Sc. Civil Engineering, Principal Hydrological Engineer, Department of Water Affairs, Botswana,

Mr. Alan Simpkins, F.R.I.C.S., Prof. M.I.T.E.S. (S.A.), L.S. (Bots.), Chief Surveyor and Deputy to Director, Department of Surveys and Mapping, Botswana,

Mr. Scott B. Edmonds, Director of Cartographic Operations, GeoSystems Global Corporation, Columbia, Maryland (United States of America),

Mr. Robert C. Rizzutti, Senior Mapping Specialist, GeoSystems Global Corporation, Columbia, Maryland (United States of America),

Mr. Justin E. Morrill, Senior Multimedia Designer, GeoSystems Global Corporation, Columbia, Maryland (United States of America),

as Scientific and Technical Advisers;

Mr. Bapasi Mphusu, Chief Press Officer, Department of Information and Broadcasting, Government of Botswana,

as Information Adviser;

Mrs. Coralie Ayad, D. J. Freeman (Solicitors) of the City of London,

Mrs. Marilyn Beeson, D. J. Freeman (Solicitors) of the City of London,

Ms Michelle Burgoine, D. J. Freeman (Solicitors) of the City of London,

as Administrators,

and

the Republic of Namibia,

represented by:

Dr. Albert Kawana, Permanent Secretary, Ministry of Justice of Namibia,

as Agent, Counsel and Advocate;

H.E. Dr. Zedekia J. Ngavirue, Ambassador of the Republic of Namibia to the Netherlands,

as Deputy-Agent;

Professor Abram Chayes, Felix Frankfurter Professor of Law Emeritus, Harvard Law School,

M. Timothy Daniel, *Solicitor* de la *Supreme Court*, associé du cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres

M. Alan Perry, *Solicitor* de la *Supreme Court*, associé du cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,

M. David Lerer, *Solicitor* de la *Supreme Court*, assistant du cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,

M. Christopher Hackford, *Solicitor* de la *Supreme Court*, assistant du cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,

M. Robert Paydon, *Solicitor* de la *Supreme Court*, assistant du cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,

comme conseils;

M. F. T. K. Sefe, professeur d'hydrologie, département des sciences de l'environnement de l'Université du Botswana, Gaborone,

M. Isaac Muzila, B.Sc. (génie civil), ingénieur général en hydrologie, département des ressources en eau du Botswana,

M. Alan Simpkins, F.R.I.C.S., (prof.) M.I.T.E.S. (S.A.), L.S. (Bots.), géomètre en chef et adjoint au directeur du département de la topographie et de la cartographie du Botswana,

M. Scott B. Edmonds, directeur des opérations cartographiques, société GeoSystems Global Corporation, Columbia, Maryland (Etats-Unis d'Amérique),

M. Robert C. Rizzutti, cartographe hors classe, société GeoSystems Global Corporation, Columbia, Maryland (Etats-Unis d'Amérique),

M. Justin E. Morrill, concepteur multimédia hors classe, société GeoSystems Global Corporation, Columbia, Maryland (Etats-Unis d'Amérique),

comme conseillers scientifiques et techniques;

M. Bapasi Mphusu, attaché de presse principal, département de l'information et de la radiotélévision, Gouvernement du Botswana,

comme conseiller à l'information;

M^{me} Coralie Ayad, cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,

M^{me} Marilyn Beeson, cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,

M^{me} Michelle Burgoine, cabinet D. J. Freeman (*Solicitors*) de la *City* de Londres,

comme administrateurs,

et

la République de Namibie,

représentée par

M. Albert Kawana, secrétaire permanent du ministère de la justice de Namibie,

comme agent, conseil et avocat;

S. Exc. M. Zedekia J. Ngavirue, ambassadeur de la République de Namibie aux Pays-Bas,

comme agent adjoint;

M. Abram Chayes, professeur émérite de droit à la faculté de droit de l'Université de Harvard, titulaire de la chaire Felix Frankfurter,

Sir Elihu Lauterpacht, C.B.E., Q.C., Honorary Professor of International Law, University of Cambridge, Member of the Institut de droit international,

Mr. Jean-Pierre Cot, Professor Emeritus, Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), Member of the Paris and Brussels Bars, Vice-President of the European Parliament,

Professor Dr. Jost Delbrück, Director of Walther-Schücking Institute of International Law, University of Kiel,

Professor Dr. Julio Faundez, Professor of Law, University of Warwick,

as Counsel and Advocates;

Professor W. J. R. Alexander, Emeritus Professor of Hydrology, University of Pretoria,

Professor Keith S. Richards, Department of Geography, University of Cambridge,

Colonel Dennis Rushworth, Former Director of the Mapping and Charting Establishment, Ministry of Defence of the United Kingdom,

Dr. Lazarus Hangula, Director, Multidisciplinary Research Centre, University of Namibia,

as Advocates;

Dr. Arnold M. Mtopa, Chief Legal Officer, Ministry of Justice of Namibia,

Dr. Collins Parker, Chief Legal Officer, Ministry of Justice of Namibia,

Mr. Edward Helgeson, Fellow, Lauterpacht Research Centre for International Law, University of Cambridge,

Ms Tonya Putnam, Harvard Law School,

as Counsel and Advisers;

Mr. Peter Clark, Former Chief Map Research Officer, Ministry of Defence, United Kingdom,

as Technical Adviser;

Mr. Samson N. Muhapi, Special Assistant to the Permanent Secretary, Ministry of Justice of Namibia,

Ms Kyllikki M. Shaduka, Private Secretary, Ministry of Justice of Namibia,

Ms Mercia G. Louw, Private Secretary, Ministry of Justice of Namibia,

as administrative staff,

Mr. Peter Denk, Reporter,

Mr. Muyenga Muyenga, Reporter,

as Information Advisers,

THE COURT,

composed as above,

after deliberation,

delivers the following Judgment:

1. By joint letter dated 17 May 1996, filed in the Registry of the Court on 29 May 1996, the Ministers for Foreign Affairs of the Republic of Botswana (hereinafter called "Botswana") and the Republic of Namibia (hereinafter called "Namibia") transmitted to the Registrar the original text of a Special

Sir Elihu Lauterpacht, C.B.E., Q.C., professeur honoraire de droit international à l'Université de Cambridge, membre de l'Institut de droit international,
M. Jean-Pierre Cot, professeur émérite à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles, vice-président du Parlement européen,
M. Jost Delbrück, directeur de l'Institut de droit international Walther-Schücking à l'Université de Kiel,
M. Julio Faundez, professeur de droit à l'Université de Warwick,

comme conseils et avocats;

M. W. J. R. Alexander, professeur émérite d'hydrologie à l'Université de Pretoria,
M. Keith S. Richards, professeur au département de géographie de l'Université de Cambridge,
Le colonel Dennis Rushworth, ancien directeur du service de cartographie de l'armée au ministère de la défense du Royaume-Uni,
M. Lazarus Hangula, directeur du centre de recherches pluridisciplinaires de l'Université de Namibie,

comme avocats;

M. Arnold M. Mtopa, juriste principal au ministère de la justice de Namibie,
M. Collins Parker, juriste principal au ministère de la justice de Namibie,
M. Edward Helgeson, chargé de recherches au *Lauterpacht Research Centre for International Law* de l'Université de Cambridge,
M^{me} Tonya Putnam, de la faculté de droit de l'Université de Harvard,

comme conseils et conseillers;

M. Peter Clark, ancien chef de la division de la recherche cartographique au ministère de la défense du Royaume-Uni,

comme conseiller technique;

M. Samson N. Muhapi, assistant spécial du secrétaire permanent du ministère de la justice de Namibie,
M^{me} Kyllikki M. Shaduka, secrétaire particulière au ministère de la justice de Namibie,
M^{me} Mercia G. Louw, secrétaire particulière au ministère de la justice de Namibie,

comme auxiliaires administratifs;

M. Peter Denk, journaliste,
M. Muyenga Muyenga, journaliste,

comme conseillers à l'information,

LA COUR,

ainsi composée,

après délibéré en chambre du conseil,

rend l'arrêt suivant:

1. Par une lettre conjointe en date du 17 mai 1996, déposée au Greffe de la Cour le 29 mai 1996, les ministres des affaires étrangères de la République du Botswana (dénommée ci-après le «Botswana») et de la République de Namibie (dénommée ci-après la «Namibie») ont transmis au greffier le texte original

Agreement between the two States, signed at Gaborone on 15 February 1996 and entered into force on 15 May 1996, the date of exchange of instruments of ratification.

2. The text of the Special Agreement reads as follows:

> "*Whereas* a Treaty between Great Britain and Germany respecting the spheres of influence of the two countries in Africa was signed on 1 July 1890 (the Anglo-German Agreement of 1890);
>
> *Whereas* a dispute exists between the Republic of Botswana and the Republic of Namibia relative to the boundary around Kasikili/Sedudu Island;
>
> *Whereas* the two countries are desirous of settling such dispute by peaceful means in accordance with the principles of both the Charter of the United Nations and the Charter of the Organization of African Unity;
>
> *Whereas* the two countries appointed on 24 May 1992 a Joint Team of Technical Experts on the Boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island 'to determine the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island' on the basis of the Treaty of 1 July 1890 between Great Britain and Germany respecting the spheres of influence of the two countries in Africa and the applicable principles of international law;
>
> *Whereas* the Joint Team of Technical Experts was unable to reach a conclusion on the question referred to it and recommended 'recourse to the peaceful settlement of the dispute on the basis of the applicable rules and principles of international law';
>
> *Whereas* at the Summit Meeting held in Harare, Zimbabwe, on 15 February 1995, and attended by Their Excellencies President Sir Ketumile Masire of Botswana, President Sam Nujoma of Namibia and President Robert Mugabe of Zimbabwe, the Heads of State of the Republic of Botswana and the Republic of Namibia, acting on behalf of their respective Governments, agreed to submit the dispute to the International Court of Justice for a final and binding determination:
>
> *Now therefore* the Republic of Botswana and the Republic of Namibia have concluded the following Special Agreement:
>
> *Article I*
>
> The Court is asked to determine, on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 and the rules and principles of international law, the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the island.
>
> *Article II*
>
> 1. The proceedings shall consist of written pleadings and oral hearings.
>
> 2. The written pleadings shall include:
>
> *(a)* Memorials submitted to the Court by each Party not later than nine months after the notification of the Special Agreement is transmitted

d'un compromis entre les deux Etats, signé à Gaborone le 15 février 1996 et entré en vigueur le 15 mai 1996, date de l'échange des instruments de ratification.

2. Dans sa traduction française, le texte du compromis se lit comme suit:

> «*Considérant* qu'a été signé le 1^er juillet 1890 un traité entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne (l'accord anglo-allemand de 1890) qui porte sur les sphères d'influence des deux pays en Afrique;
>
> *Considérant* qu'un différend relatif à la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu oppose la République du Botswana et la République de Namibie;
>
> *Considérant* que les deux pays souhaitent régler ce différend par des moyens pacifiques conformément aux principes de la Charte de l'Organisation des Nations Unies et de la charte de l'Organisation de l'unité africaine;
>
> *Considérant* que les deux pays ont constitué, le 24 mai 1992, une commission mixte d'experts techniques chargée d'examiner la question de la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu «aux fins de déterminer la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu» sur la base du traité du 1^er juillet 1890, qui porte sur les sphères d'influence de la Grande-Bretagne et de l'Allemagne en Afrique, et des principes applicables du droit international;
>
> *Considérant* que la commission mixte d'experts techniques n'est pas parvenue à se prononcer sur la question qui lui avait été soumise et a recommandé «le recours à un mode de règlement pacifique du différend sur la base des règles et principes applicables du droit international»;
>
> *Considérant* que, lors de la réunion au sommet, qui s'est tenue le 15 février 1995 à Harare (Zimbabwe), et à laquelle ont pris part LL. EE. sir Ketumile Masire, président de la République du Botswana, M. Sam Nujoma, président de la République de Namibie, et M. Robert Mugabe, président de la République du Zimbabwe, les chefs d'Etat de la République du Botswana et de la République de Namibie, agissant au nom de leurs gouvernements respectifs, sont convenus de saisir la Cour internationale de Justice afin que celle-ci rende un arrêt définitif et obligatoire sur le différend qui les oppose;
>
> *En conséquence* la République du Botswana et la République de Namibie ont conclu le compromis suivant:
>
> *Article I*
>
> La Cour est priée de déterminer, sur la base du traité anglo-allemand du 1^er juillet 1890 et des règles et principes du droit international, la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu ainsi que le statut juridique de cette île.
>
> *Article II*
>
> 1. La procédure consistera en la présentation de pièces de procédure écrite et en plaidoiries.
>
> 2. Les pièces de la procédure écrite comprendront:
>
> *a)* un mémoire présenté à la Cour par chacune des Parties au plus tard neuf mois après la notification du compromis au greffier de la Cour

to the Registrar of the Court in accordance with Article VII (2) of this Special Agreement;

(b) Counter-Memorials submitted by each Party to the Court not later than nine months after the date of submission of the Memorials;

(c) such other written pleadings as may be approved by the Court at the request of either of the Parties, or as may be directed by the Court.

3. The written pleadings submitted to the Registrar shall not be communicated to the other Party until the corresponding pleadings of that Party have been received by the Registrar.

Article III

The rules and principles of international law applicable to the dispute shall be those set forth in the provisions of Article 38, paragraph 1, of the Statute of the International Court of Justice.

Article IV

The order of appearance in the oral pleadings shall be as agreed by the Parties with the approval of the Court, or in the absence of agreement, as directed by the Court.

Article V

The order of the written pleadings and oral submissions shall be without prejudice to the burden of proof.

Article VI

The language of the proceedings shall be English.

Article VII

1. This agreement shall enter into force on the date of the exchange of instruments of ratification by the two Governments.

2. It shall be notified to the Court as required by Article 40, paragraph 1, of the Statute of the Court by joint letter of the Parties to the Registrar.

3. If such notification is not effected within two months from the entry into force of this Special Agreement, it may be notified to the Registrar by either of the Parties.

Article VIII

1. Each of the Parties may exercise its right under Article 31, paragraph 3, of the Statute of the Court to choose a person to sit as judge.

2. A Party which chooses to exercise the right referred to in sub-Article 1, above, shall notify the other Party in writing prior to exercising such right.

Article IX

1. The judgment of the Court on the dispute described in Article I shall be final and binding on the Parties.

2. As soon as possible after the delivery of the Court's judgment, the Parties shall take steps necessary to carry out the judgment.

conformément au paragraphe 2 de l'article VII du présent compromis ;

b) un contre-mémoire présenté à la Cour par chacune des Parties au plus tard neuf mois après la date du dépôt des mémoires ;

c) toutes autres pièces de procédure écrite dont le dépôt, à la demande de l'une ou l'autre des Parties, aura été autorisé par la Cour, ou prescrit par celle-ci.

3. Les pièces de la procédure écrite, déposées auprès du greffier, ne seront transmises à l'autre Partie que lorsque le greffier aura reçu de ladite Partie la pièce de procédure correspondante.

Article III

Les règles et principes du droit international qui s'appliquent au différend sont ceux qui sont énumérés au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.

Article IV

Les Parties conviendront, avec l'approbation de la Cour, de l'ordre dans lequel elles seront entendues au cours de la procédure orale ; à défaut d'accord entre les Parties, cet ordre sera celui que prescrira la Cour.

Article V

L'ordre de présentation des pièces de procédure écrite et des plaidoiries ne préjuge en rien de la charge de la preuve.

Article VI

La procédure se déroulera en anglais.

Article VII

1. Le présent compromis entrera en vigueur à la date de l'échange par les deux gouvernements des instruments de ratification.

2. Conformément aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 40 du Statut de la Cour, le compromis sera notifié à la Cour par une lettre conjointe des Parties adressée au greffier.

3. Si une telle notification n'a pas été effectuée au cours des deux mois suivant l'entrée en vigueur du compromis, celui-ci pourra être notifié au greffier par l'une ou l'autre des Parties.

Article VIII

1. Chacune des Parties peut exercer le droit que lui confère le paragraphe 3 de l'article 31 du Statut de la Cour de procéder à la désignation d'un juge de son choix.

2. La Partie qui décide d'exercer le droit visé au paragraphe 1 ci-dessus en avertit d'abord l'autre Partie par écrit.

Article IX

1. L'arrêt que la Cour rendra sur le différend décrit à l'article I sera définitif et obligatoire pour les Parties.

2. Une fois que la Cour aura rendu son arrêt, les Parties prendront, dans les meilleurs délais, les mesures nécessaires à son application.

> *In witness whereof*, the undersigned, being duly authorized thereto, have signed this Special Agreement and have affixed thereto their seals."

3. Pursuant to Article 40, paragraph 3, of the Statute and Article 42 of the Rules of Court, copies of the notification and of the Special Agreement were transmitted by the Registrar to the Secretary-General of the United Nations, the Members of the United Nations and other States entitled to appear before the Court.

4. By Order of 24 June 1996, the Court fixed 28 February 1997 as the time-limit for the filing of a Memorial by each Party and 28 November 1997 as the time-limit for the filing by each Party of a Counter-Memorial, having regard to the provisions of Article II, paragraph 2 *(a)* and *(b)*, of the Special Agreement. These pleadings were duly filed within the time-limits so prescribed.

5. By Order of 27 February 1998, the Court fixed 27 November 1998 as the time-limit for the filing of a Reply by each Party, having regard to the provisions of Article II, paragraph 2 *(c)*, of the Special Agreement and taking account of the agreement between the Parties, as expressed in a joint letter from their Agents dated 16 February 1998. The Replies were duly filed within the time-limit so prescribed. As the Parties did not request the submission of other pleadings, and as the Court itself did not consider this necessary, the case was then ready for hearing.

6. In accordance with Article 53, paragraph 2, of the Rules of Court, the Court decided, after having ascertained the views of the Parties, that copies of the pleadings and documents annexed would be made available to the public as from the opening of the oral proceedings.

7. New documents were produced by each of the Parties, with the consent of the other, in accordance with Article 56, paragraph 1, of the Rules of Court. In addition, Namibia, availing itself of the right provided for in Article 56, paragraph 3, of the Rules of Court, submitted comments on certain of the new documents produced by Botswana.

8. The Parties having been duly consulted, in accordance with Article 58, paragraph 2, of the Rules of Court, and having informed the Court of their agreement, in accordance with Article IV of the Special Agreement, on the order of speaking, public sittings were held between 15 February and 5 March 1999, during which oral arguments and replies were heard from the following:

For Namibia: Dr. Albert Kawana,
Professor Abram Chayes,
Professor Dr. Jost Delbrück,
Professor W. J. R. Alexander,
Dr. Lazarus Hangula,
Professor Dr. Julio Faundez,
Colonel Dennis Rushworth,
Mr. Jean-Pierre Cot.

For Botswana: Mr. Abednego Batshani Tafa,
Mr. Molosiwa L. Selepeng,
Professor Ian Brownlie,
Lady Fox,
Dr. Stefan Talmon,
Professor F. T. K. Sefe,
Mr. Isaac Muzila.

En foi de quoi, les soussignés, dûment autorisés à cette fin, ont signé le présent compromis et y ont apposé leurs sceaux. »

3. Conformément au paragraphe 3 de l'article 40 du Statut et à l'article 42 du Règlement de la Cour, des copies de la notification et du compromis ont été transmises par le greffier au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, aux Membres des Nations Unies et aux autres Etats admis à ester devant la Cour.

4. Par ordonnance du 24 juin 1996, la Cour a fixé au 28 février 1997 la date d'expiration du délai pour le dépôt d'un mémoire par chaque Partie, et au 28 novembre 1997 la date d'expiration du délai pour le dépôt par chacune d'elles d'un contre-mémoire, eu égard aux dispositions des alinéas *a)* et *b)* du paragraphe 2 de l'article II du compromis. Ces pièces ont été dûment déposées dans les délais ainsi prescrits.

5. Par ordonnance du 27 février 1998, la Cour a fixé au 27 novembre 1998 la date d'expiration du délai pour le dépôt d'une réplique par chaque Partie, eu égard aux dispositions de l'alinéa *c)* du paragraphe 2 de l'article II du compromis et compte tenu de l'accord intervenu entre les Parties, tel qu'exprimé dans une lettre conjointe de leurs agents datée du 16 février 1998. Les répliques ont été dûment déposées dans le délai ainsi prescrit. Les Parties n'ayant pas demandé la production d'autres pièces, et la Cour n'ayant pas elle-même jugé celle-ci nécessaire, l'affaire s'est alors trouvée en état.

6. Conformément au paragraphe 2 de l'article 53 du Règlement, la Cour a décidé, après s'être renseignée auprès des Parties, que des exemplaires des pièces de procédure et des documents y annexés seraient rendus accessibles au public à l'ouverture de la procédure orale.

7. Des documents nouveaux ont été produits par chacune des Parties, avec l'assentiment de l'autre, conformément au paragraphe 1 de l'article 56 du Règlement. La Namibie, se prévalant de la faculté conférée par le paragraphe 3 de l'article 56 du Règlement, a en outre présenté des observations au sujet de certains documents nouveaux produits par le Botswana.

8. Les Parties ayant été dûment consultées, conformément au paragraphe 2 de l'article 58 du Règlement, et ayant fait connaître à la Cour leur accord sur l'ordre de parole, conformément à l'article IV du compromis, des audiences publiques ont été tenues entre le 15 février et le 5 mars 1999, au cours desquelles ont été entendus en leurs plaidoiries et réponses :

Pour la Namibie : M. Albert Kawana,
M. Abram Chayes,
M. Jost Delbrück,
M. W. J. R. Alexander,
M. Lazarus Hangula,
M. Julio Faundez,
Le colonel Dennis Rushworth,
M. Jean-Pierre Cot.

Pour le Botswana : M. Abednego Batshani Tafa,
M. Molosiwa L. Selepeng,
M. Ian Brownlie,
Lady Fox,
M. Stefan Talmon,
M. F. T. K. Sefe,
M. Isaac Muzila.

At the sittings, each of the Parties showed a video cassette, after those cassettes had been exchanged between the Parties through the intermediary of the Registry.

Questions were also put by Members of the Court, to which both Parties replied in writing, within the time-limit fixed for this purpose.

*

9. In the course of the written proceedings, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of Botswana,

in the Memorial, the Counter-Memorial and the Reply:

> "*May it please the Court to adjudge and declare that:*
>
> 1. The northern and western channel of the Chobe River in the vicinity of Kasikili/Sedudu Island constitutes the 'main channel' of the Chobe River in accordance with the provisions of Article III (2) of the Anglo-German Agreement of 1890; *and that*
> 2. Consequently, sovereignty in respect of Kasikili/Sedudu Island inheres exclusively in the Republic of Botswana."

On behalf of Namibia,

in the Memorial and the Counter-Memorial:

> "*May it please the Court, rejecting all claims and submissions to the contrary, to adjudge and declare:*
>
> 1. The channel that lies to the south of Kasikili/Sedudu Island is the main channel of the Chobe River.
> 2. The channel that lies to the north of Kasikili/Sedudu Island is not the main channel of the Chobe River.
> 3. Namibia and its predecessors have occupied and used Kasikili Island and exercised sovereign jurisdiction over it, with the knowledge and acquiescence of Botswana and its predecessors since at least 1890.
> 4. The boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island lies in the centre of the southern channel of the Chobe River.
> 5. The legal status of Kasikili/Sedudu Island is that it is a part of the territory under the sovereignty of Namibia."

in the Reply:

> "*May it please the Court, rejecting all claims and submissions to the contrary, to adjudge and declare:*
>
> 1. The channel that lies to the south of Kasikili/Sedudu Island is the main channel of the Chobe River.
> 2. The channel that lies to the north of Kasikili/Sedudu Island is not the main channel of the Chobe River.
> 3. Namibia and its predecessors have occupied and used Kasikili Island and exercised sovereign jurisdiction over it, with the knowledge and acquiescence of Botswana and its predecessors since at least 1890.
> 4. The boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island lies in the centre (that is to say, the *thalweg*) of the southern channel of the Chobe River.

A l'audience, chacune des Parties a présenté une vidéocassette, après que lesdites cassettes eurent été échangées entre les Parties par l'entremise du Greffe.

Des questions ont par ailleurs été posées par des Membres de la Cour, auxquelles les deux Parties ont répondu par écrit, dans le délai fixé à cet effet.

*

9. Dans la procédure écrite, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties:

Au nom du Botswana,

dans le mémoire, le contre-mémoire et la réplique:

> «*Plaise à la Cour de dire et juger:*
>
> 1) que le chenal nord et ouest du Chobe au voisinage de l'île de Kasikili/Sedudu constitue le «chenal principal» du Chobe conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article III de l'accord anglo-allemand de 1890; *et que:*
>
> 2) partant, la souveraineté sur l'île de Kasikili/Sedudu appartient exclusivement à la République du Botswana.»

Au nom de la Namibie,

dans le mémoire et le contre-mémoire:

> «*Plaise à la Cour, rejetant toutes prétentions et conclusions contraires, de dire et juger:*
>
> 1. que le chenal situé au sud de l'île de Kasikili/Sedudu est le chenal principal du Chobe;
> 2. que le chenal situé au nord de l'île de Kasikili/Sedudu n'est pas le chenal principal du Chobe;
> 3. que la Namibie et ses prédécesseurs ont occupé et utilisé l'île de Kasikili et ont exercé sur elle leur juridiction souveraine au su et avec l'acquiescement du Botswana et de ses prédécesseurs, depuis 1890 au moins;
> 4. que la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu suit le centre du chenal sud du Chobe;
> 5. que, pour ce qui est du statut juridique de l'île de Kasikili/Sedudu, celle-ci fait partie du territoire soumis à la souveraineté de la Namibie.»

dans la réplique:

> «*Plaise à la Cour, rejetant toutes prétentions et conclusions contraires, de dire et juger:*
>
> 1. que le chenal situé au sud de l'île de Kasikili/Sedudu est le chenal principal du Chobe;
> 2. que le chenal situé au nord de l'île de Kasikili/Sedudu n'est pas le chenal principal du Chobe;
> 3. que la Namibie et ses prédécesseurs ont occupé et utilisé l'île de Kasikili et ont exercé sur elle leur juridiction souveraine au su et avec l'acquiescement du Botswana et de ses prédécesseurs, depuis 1890 au moins;
> 4. que la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu suit le centre (c'est-à-dire le thalweg) du chenal sud du Chobe;

5. The legal status of Kasikili/Sedudu Island is that it is a part of the territory under the sovereignty of Namibia."

10. In the oral proceedings, the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of Botswana,

at the hearing of 5 March 1999:

"*May it please the Court:*

(1) to adjudge and declare:

(a) that the northern and western channel of the Chobe River in the vicinity of Kasikili/Sedudu Island constitutes the 'main channel' of the Chobe River in accordance with the provisions of Article III (2) of the Anglo-German Agreement of 1890; and

(b) consequently, sovereignty in respect of Kasikili/Sedudu Island vests exclusively in the Republic of Botswana; and further

(2) to determine the boundary around Kasikili/Sedudu Island on the basis of the thalweg in the northern and western channel of the Chobe River."

On behalf of Namibia,

at the hearing of 2 March 1999:

The submissions read at the hearing were identical to those presented by Namibia in the Reply.

* * *

11. The Parties, in the terms of the Special Agreement, request the Court, "to determine, on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 and the rules and principles of international law, the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the island." The Island referred to, which in Namibia is known as "Kasikili", and in Botswana as "Sedudu", is approximately 3.5 square kilometres (1.5 square miles) in area. It is located in the Chobe River, which divides around it to the north and south, in the area bounded approximately by meridians 25° 07′ and 25° 08′ E longitude and parallels 17° 47′ and 17° 50′ S latitude, and is some 20 kilometres (12.5 miles) upstream of Kazungula where the Chobe flows into the Zambezi. The Chobe has its source on the central plateau of Angola, where it is called the Rio Cuando. It undergoes further changes of name at various stages along its course. When it crosses the border into Namibia, it becomes the Kwando and then the Mashi, which flows generally in a southerly direction into the Linyanti (or Linyandi) Swamp. From this point it is called the Linyanti (or Linyandi) River until it reaches Lake Liambezi. At the exit from the lake, the river becomes the Chobe. The Botswana town of Kasane lies on the south bank some 1.5 kilometres downstream from Kasikili/Sedudu Island, and the Namibian village of Kasika is located on the northwestern bank of the Chobe.

12. Nearly due south of the Island, on the Botswana side, are the

5. que, pour ce qui est du statut juridique de l'île de Kasikili/Sedudu, celle-ci fait partie du territoire soumis à la souveraineté de la Namibie.»

10. Dans la procédure orale, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties:

Au nom du Botswana,

à l'audience du 5 mars 1999:

«*Plaise à la Cour:*

1) de dire et juger:

a) que le chenal nord et ouest du Chobe au voisinage de l'île de Kasikili/Sedudu constitue le «chenal principal» du Chobe conformément aux dispositions du paragraphe 2 de l'article III de l'accord anglo-allemand de 1890; et que:

b) partant, la souveraineté sur l'île de Kasikili/Sedudu appartient exclusivement à la République du Botswana; et en outre

2) de déterminer la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu sur la base du thalweg dans le chenal nord et ouest du Chobe.»

Au nom de la Namibie,

à l'audience du 2 mars 1999:

Les conclusions lues à l'audience étaient identiques à celles présentées par la Namibie dans la réplique.

* * *

11. Les Parties, aux termes du compromis, prient la Cour «de déterminer, sur la base du traité anglo-allemand du 1er juillet 1890 et des règles et principes du droit international, la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu ainsi que le statut juridique de cette île». L'île dont il est question, qui en Namibie est appelée «Kasikili» et au Botswana «Sedudu», a une superficie d'environ 3,5 kilomètres carrés (1,5 mile carré). Elle est située sur le cours du Chobe, qui la contourne au nord et au sud, dans la région circonscrite approximativement par les méridiens 25° 07′ et 25° 08′ de longitude est, et les parallèles 17° 47′ et 17° 50′ de latitude sud; elle se trouve à une vingtaine de kilomètres (12,5 miles) en amont de Kazungula, où le Chobe se jette dans le Zambèze. Le Chobe prend sa source sur le plateau central de l'Angola, où il est appelé le Rio Cuando. Il change ensuite de nom à diverses étapes de son parcours. Lorsqu'il franchit la frontière pour entrer en Namibie, il devient le Kwando puis le Mashi, qui s'écoule de façon générale vers le sud pour atteindre la zone de marais du Linyanti (ou marais du Linyandi). A partir de cet endroit, le fleuve se dénomme Linyanti (ou Linyandi) jusqu'à ce qu'il atteigne le lac Liambezi. Au sortir du lac, il prend le nom de Chobe. La localité botswanaise de Kasane se trouve sur la rive sud, à environ un kilomètre et demi en aval de l'île de Kasikili/Sedudu, tandis que le village namibien de Kasika est situé sur la rive nord-ouest.

12. Presque exactement au sud de l'île, du côté botswanais, se trouve le

headquarters of the Chobe National Park, a protected reserve with a wide variety of wildlife. This southern bank is characterized by a steep sandy ridge ranging between 900 and 1,000 metres above mean sea level. The area on the Namibian side, to the north of the Island, has no such geographical feature. It forms part of a strip of territory called the "Caprivi Strip", after the German chancellor at the time of the conclusion of the Anglo-German Agreement of 1 July 1890 (hereinafter the "1890 Treaty"). This part of the Caprivi Strip is within the seasonal flood plain of the Zambezi River. The Island, which is 927 metres above mean sea level, forms part of this plain, and is subject to flooding of several months' duration, beginning around March. In order to assist in the reading of this Judgment, the Court has included below three sketch-maps, the first illustrating the position of Botswana and Namibia on the continent of Africa (Sketch-map No. 1, page 1055); the second showing the Caprivi Strip and the Chobe (Sketch-map No. 2, page 1056); and the third showing Kasikili/Sedudu Island (Sketch-map No. 3, page 1057).

13. The dispute between the Parties is set against the background of the nineteenth century race among the European colonial powers for the partition of Africa. In the spring of 1890, Germany and Great Britain entered into negotiations with a view to reaching agreement concerning their trade and their spheres of influence in Africa. In the south-west of the continent, Great Britain sought to protect the south-north trade routes running through Lake Ngami to Victoria Falls, while Germany, which had already laid claim to a large portion of what was called "South West Africa", sought British recognition of its access to the Zambezi. These negotiations culminated in the conclusion of the 1890 Treaty, which concerned several regions of the African continent, namely east Africa, south-west Africa, Togo and Zanzibar, and involved the cession to Germany of the island of Heligoland, in exchange for Zanzibar. The Treaty delimited *inter alia* the spheres of influence of Germany and Great Britain in south-west Africa; that delimitation lies at the heart of the present case.

14. In the ensuing century, the territories involved experienced various mutations in status. The independent Republic of Botswana came into being on 30 September 1966, on the territory of the former British Bechuanaland Protectorate. German administration of South West Africa turned out to be short-lived. Upon the outbreak of the First World War in 1914, the Caprivi Strip was occupied and governed by British forces from Southern Rhodesia. From 1919 until 1966, South Africa was the administering authority of the territory of South West Africa under a mandate from the League of Nations. For part of this period, from 1921 to 1929, South Africa delegated the administration of the Caprivi Strip to the authorities of the British Bechuanaland Protectorate. South Africa's mandate over South West Africa was terminated by the United Nations General Assembly in 1966, following which the Assembly established a

siège du parc national du Chobe, réserve où est protégée une grande variété d'animaux sauvages. La rive sud est caractérisée par un escarpement sablonneux qui s'élève de 900 à 1000 mètres au-dessus du niveau moyen de la mer. La région qui se trouve du côté namibien, au nord de l'île, ne présente pas de caractéristique géographique de ce genre. Elle appartient à la bande de territoire appelée «bande de Caprivi», du nom du chancelier allemand en fonction à l'époque de la conclusion de l'accord anglo-allemand du 1^er^ juillet 1890 (ci-après dénommé le «traité de 1890»). Cette partie de la bande de Caprivi est située à l'intérieur de la plaine d'inondation saisonnière du Zambèze. L'île, qui s'élève à 927 mètres au-dessus du niveau moyen de la mer, fait partie de cette plaine et est sujette à des inondations qui commencent vers le mois de mars et durent plusieurs mois. Aux fins de faciliter la lecture de son arrêt, la Cour joint ci-après trois croquis: le premier situant le Botswana et la Namibie sur le continent africain (croquis n° 1, page 1055); le deuxième figurant la bande de Caprivi et le Chobe (croquis n° 2, page 1056); et le troisième figurant l'île de Kasikili/Sedudu (croquis n° 3, page 1057).

13. Le différend qui oppose les Parties trouve son origine dans la course engagée entre les puissances coloniales européennes au XIX^e^ siècle pour le partage de l'Afrique. Au printemps de 1890, l'Allemagne et la Grande-Bretagne entamèrent des négociations en vue de parvenir à un accord en ce qui concerne leur commerce et leurs zones d'influence en Afrique. Dans le sud-ouest du continent, la Grande-Bretagne tentait de protéger les voies commerciales allant du sud au nord, à travers le lac Ngami, jusqu'aux chutes Victoria, tandis que l'Allemagne, qui avait déjà revendiqué une partie importante de ce que l'on appelait «Sud-Ouest africain», tentait de se faire reconnaître par les Britanniques un accès au Zambèze. Ces négociations aboutirent à la conclusion du traité de 1890, qui concerne plusieurs régions du continent africain, à savoir l'Afrique orientale, le sud-ouest de l'Afrique, le Togo et Zanzibar, et porte cession à l'Allemagne de l'île d'Heligoland en échange de Zanzibar. Le traité délimite notamment les sphères d'influence de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne dans le sud-ouest de l'Afrique; cette délimitation est au cœur de la présente affaire.

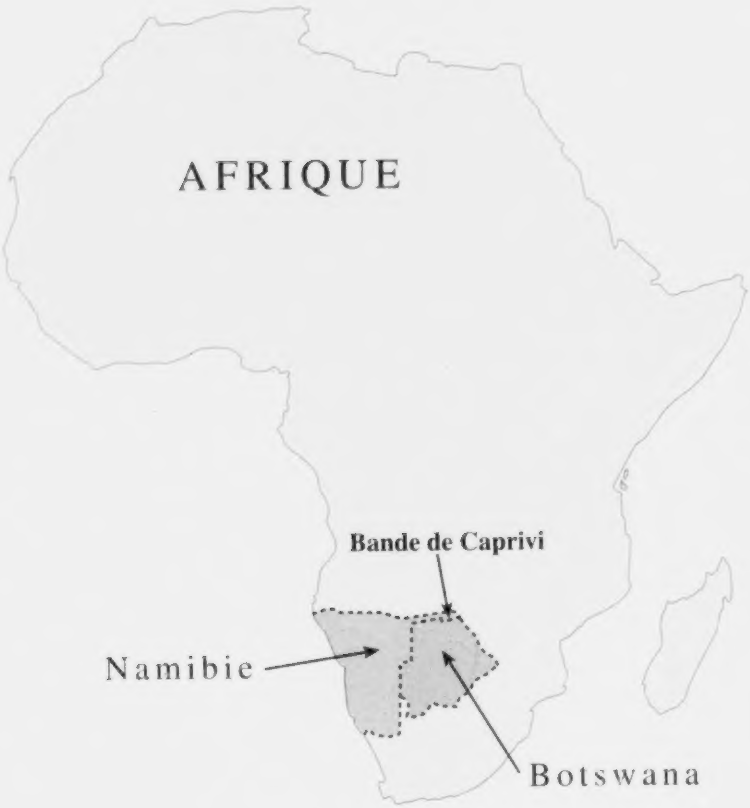
14. Au cours du siècle suivant, le statut des territoires en cause subit diverses mutations. Le 30 septembre 1966, la République indépendante du Botswana vit le jour sur le territoire de l'ancien protectorat britannique du Bechuanaland. Quant à l'administration par l'Allemagne du Sud-Ouest africain, elle fut de courte durée. Lorsque la première guerre mondiale éclata en 1914, la bande de Caprivi fut occupée et administrée par des forces britanniques venues de la Rhodésie du Sud. De 1919 à 1966, l'Afrique du Sud fut chargée de l'administration du territoire du Sud-Ouest africain en vertu d'un mandat de la Société des Nations. Pendant une partie de cette période, de 1921 jusqu'à 1929, l'Afrique du Sud délégua l'administration de la bande de Caprivi aux autorités du protectorat britannique du Bechuanaland. Il fut mis fin au mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain par l'Assemblée générale des Nations Unies

SKETCH-MAP No. 1

Botswana and Namibia

N.B.: This sketch-map has been prepared by the Court for illustrative purposes only

Sketch-map not to scale

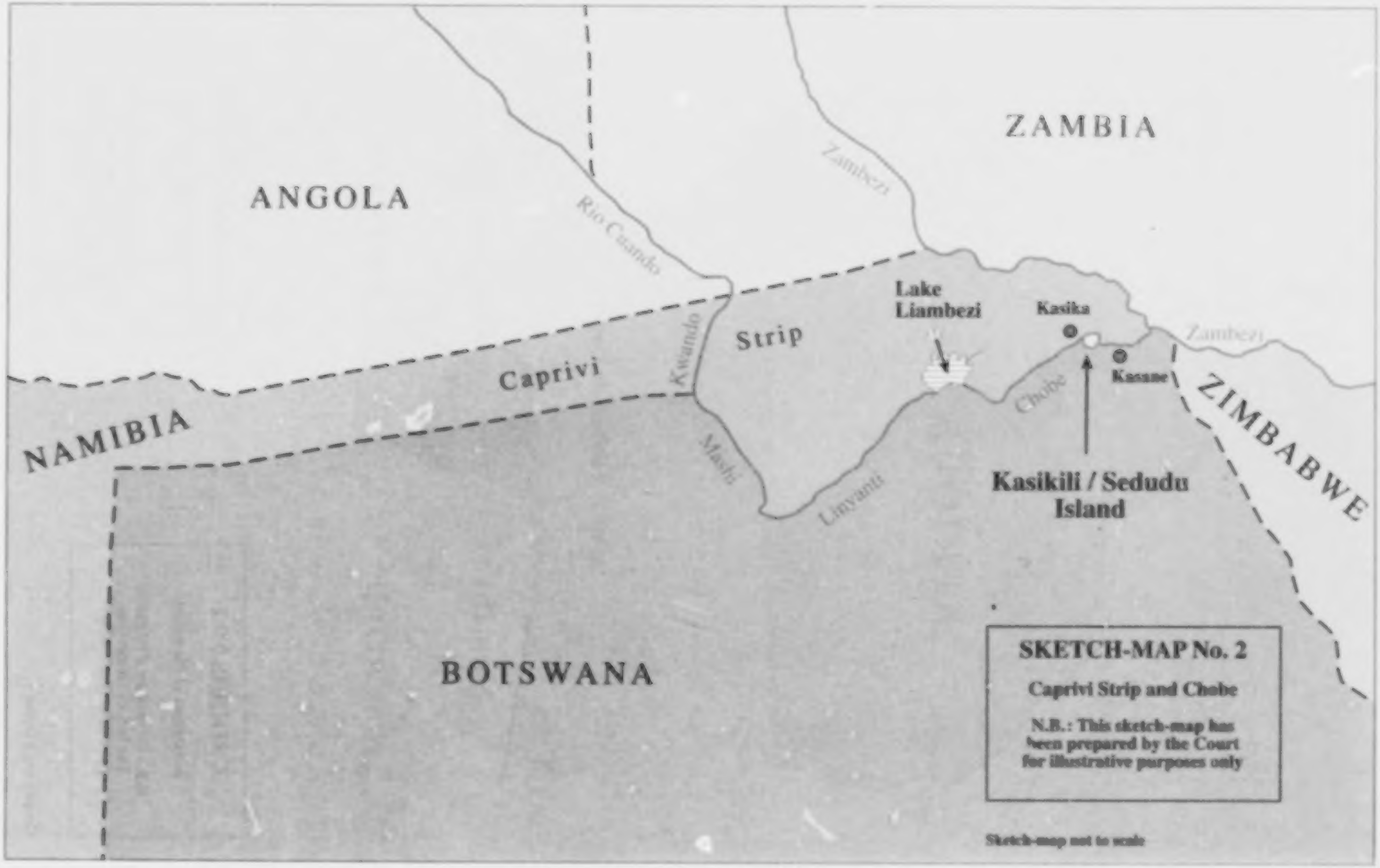


CROQUIS Nº 1

Botswana et Namibie

N.B.: Ce croquis a été établi par la Cour à des fins purement illustratives

Croquis non à l'échelle

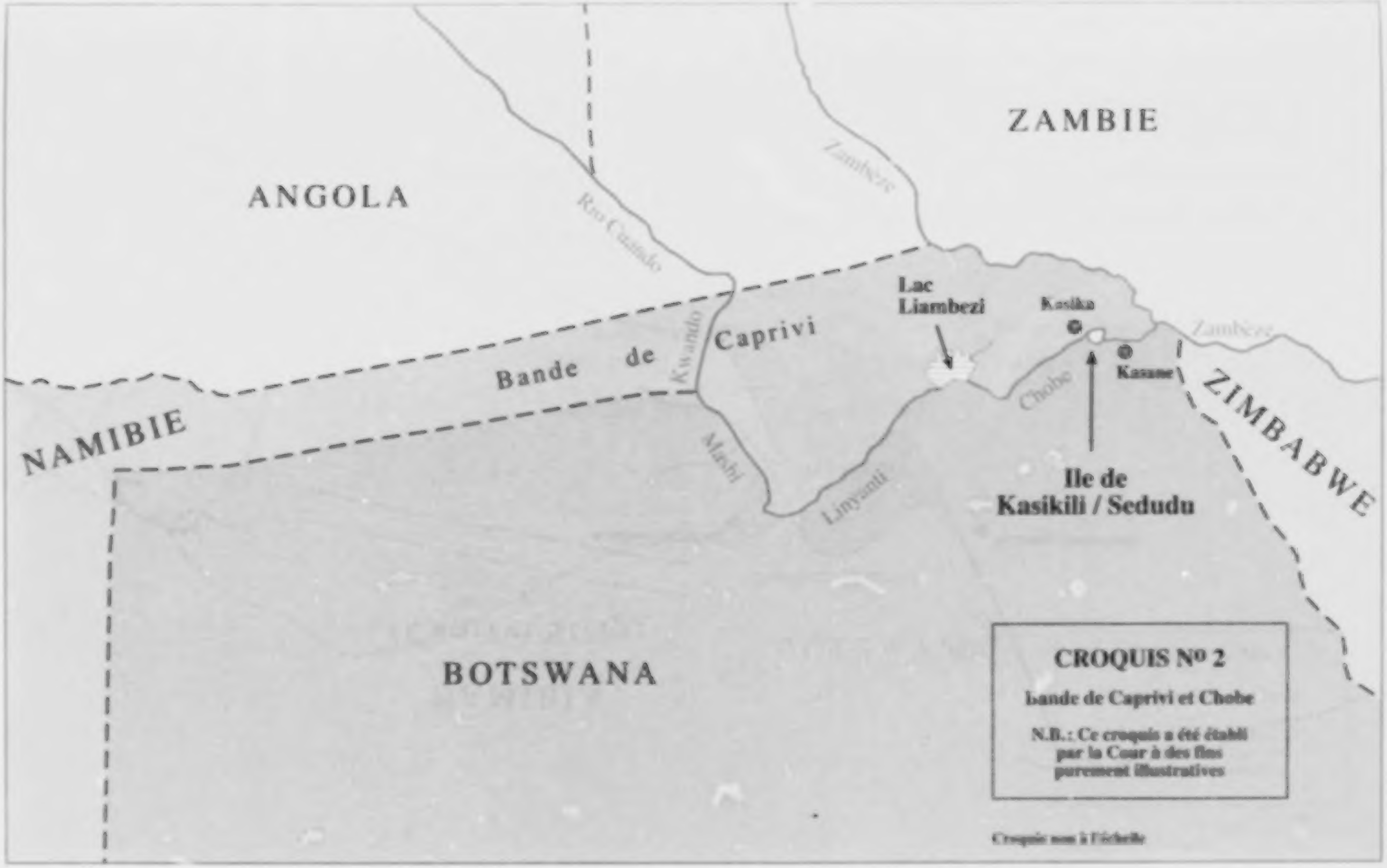


SKETCH-MAP No. 2

Caprivi Strip and Chobe

N.B.: This sketch-map has been prepared by the Court for illustrative purposes only

Sketch-map not to scale

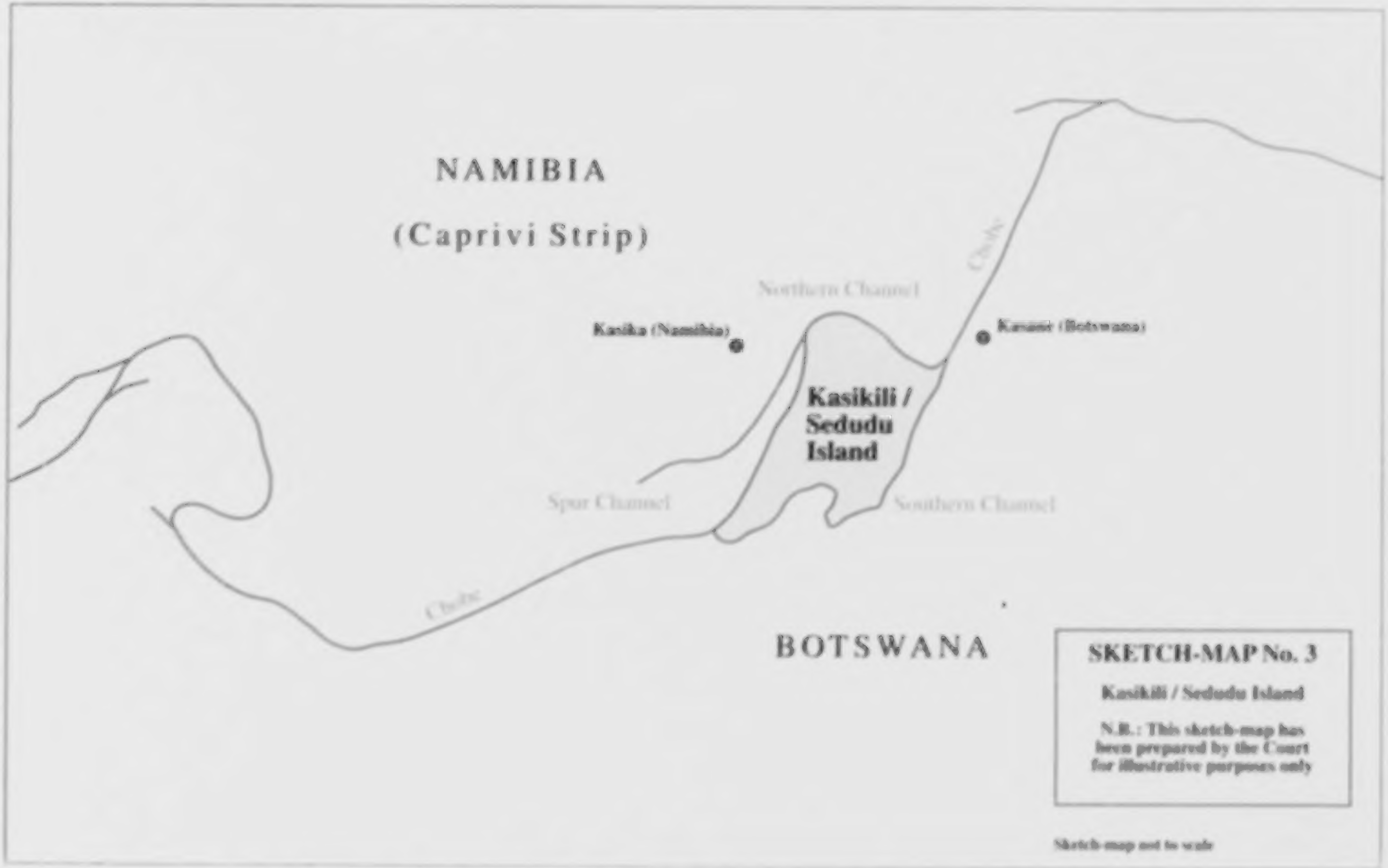


CROQUIS N° 2

Bande de Caprivi et Chobe

N.B. : Ce croquis a été établi par la Cour à des fins purement illustratives

Croquis non à l'échelle

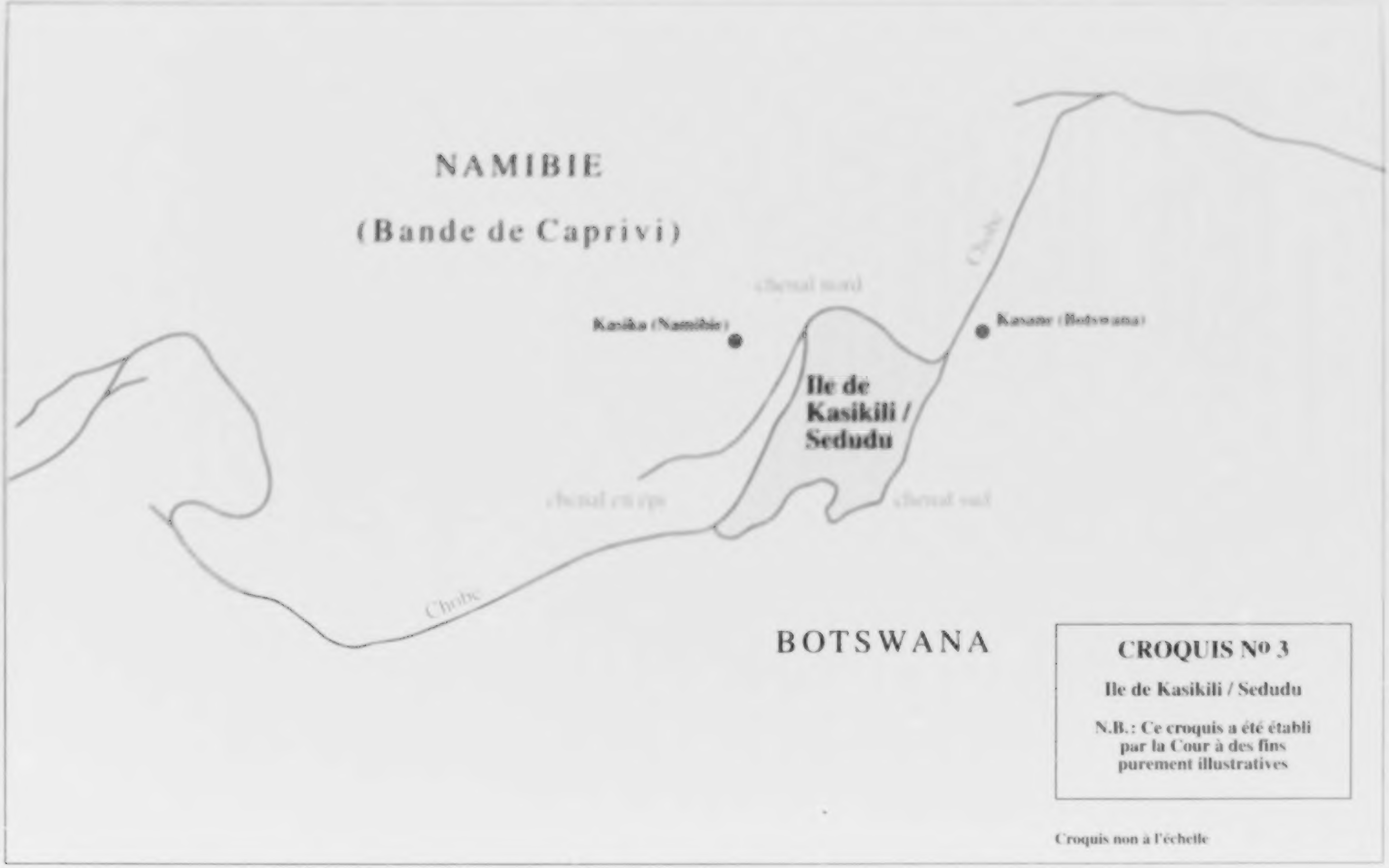


SKETCH-MAP No. 3

Kasikili / Sedudu Island

N.B.: This sketch-map has been prepared by the Court for illustrative purposes only

Sketch-map not to scale



CROQUIS Nº 3

Ile de Kasikili / Sedudu

N.B. : Ce croquis a été établi par la Cour à des fins purement illustratives

Croquis non à l'échelle

United Nations Council for South West Africa (which subsequently became the United Nations Council for Namibia), which it designated as the authority responsible for the administration of Namibia; but South Africa remained in *de facto* control of the territory, despite United Nations policy to the contrary, until Namibia's independence on 21 March 1990.

15. Shortly after Namibian independence, differences arose between the two States concerning the location of the boundary around Kasikili/Sedudu Island. When the two Parties proved unable to resolve their dispute, they called upon the good offices of the President of Zimbabwe. His efforts led to a meeting of the Presidents of the three countries at Kasane, Botswana, in May 1992, at which they issued a communiqué, declaring that the issue should be resolved peacefully, and recording the Presidents' agreement to submit the determination of the boundary around Kasikili/Sedudu Island to a Joint Team of Technical Experts. Terms of reference for the Joint Team were agreed between the parties in December 1992, and the Joint Team conducted its survey between September 1993 and August 1994. In its final Report, issued on 20 August 1994, the Joint Team announced that it had failed to reach an agreed conclusion on the question put to it, and recommended recourse to the peaceful settlement of the dispute on the basis of the applicable rules and principles of international law.

16. In February 1995, the three Presidents met in Harare, Zimbabwe, to consider the Joint Team Report. At this meeting, it was decided to submit the dispute to the International Court of Justice for a final and binding determination. Pursuant to this decision, Botswana and Namibia, by a Special Agreement signed at Gaborone on 15 February 1996, brought the dispute before the Court.

* * *

17. The Court recalls that according to Article I of the Special Agreement, it:

> "is asked to determine, on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 and the rules and principles of international law, the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the island".

Accordingly the Court has a dual task: to determine both the boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the Island. For this purpose, the Court must base itself on the 1890 Treaty and on the rules and principles of international law.

*

en 1966, puis l'Assemblée créa un conseil des Nations Unies pour le Sud-Ouest africain (devenu par la suite conseil des Nations Unies pour la Namibie) qu'elle désigna comme l'autorité responsable de l'administration de la Namibie; toutefois l'Afrique du Sud, en dépit de la politique contraire de l'Organisation des Nations Unies, continua de contrôler *de facto* ce territoire jusqu'à l'accession de la Namibie à l'indépendance le 21 mars 1990.

15. Peu après l'indépendance de la Namibie, des divergences de vues apparurent entre les deux Etats au sujet de l'emplacement de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu. Les parties n'ayant pu résoudre entre elles leur différend, il fut fait appel aux bons offices du président du Zimbabwe. Ses efforts aboutirent à la tenue, en mai 1992, d'une réunion entre les présidents des trois pays, à Kasane (Botswana); à l'issue de cette réunion, un communiqué fut adopté, proclamant que la question devait être résolue par des moyens pacifiques et prenant acte de l'accord des présidents de soumettre la détermination de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu à une commission mixte d'experts techniques. Le mandat de la commission mixte fit l'objet d'un accord entre les parties en décembre 1992, et la commission procéda de septembre 1993 à août 1994 aux levés dont elle était chargée. Dans son rapport final, publié le 20 août 1994, la commission annonça qu'elle n'était pas parvenue à une conclusion acceptée de part et d'autre sur la question qui lui était posée, et elle recommanda le recours au règlement pacifique du différend sur la base des règles et principes applicables du droit international.

16. En février 1995, les trois présidents se réunirent à Harare (Zimbabwe) pour examiner le rapport de la commission mixte d'experts techniques. Au cours de cette réunion, il fut décidé que le différend serait soumis à la Cour internationale de Justice, pour règlement définitif et obligatoire. Conformément à cette décision, le Botswana et la Namibie ont, par compromis signé à Gaborone le 15 février 1996, porté le différend devant la Cour.

* * *

17. La Cour rappellera qu'aux termes de l'article I du compromis, elle

> «est priée de déterminer, sur la base du traité anglo-allemand du 1er juillet 1890 et des règles et principes du droit international, la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu ainsi que le statut juridique de cette île.»

La tâche de la Cour est donc double: déterminer à la fois la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu et le statut juridique de cette île. A cet effet, la Cour doit se fonder sur le traité de 1890 et sur les règles et principes du droit international.

*

18. The law applicable to the present case has its source first of all in the 1890 Treaty, which Botswana and Namibia acknowledge to be binding on them.

As regards the interpretation of that Treaty, the Court notes that neither Botswana nor Namibia are parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, but that both of them consider that Article 31 of the Vienna Convention is applicable inasmuch as it reflects customary international law. The Court itself has already had occasion in the past to hold that customary international law found expression in Article 31 of the Vienna Convention (see *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994*, p. 21, para. 41; *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 812, para. 23). Article 4 of the Convention, which provides that it "applies only to treaties which are concluded by States after the entry into force of the . . . Convention with regard to such States" does not, therefore, prevent the Court from interpreting the 1890 Treaty in accordance with the rules reflected in Article 31 of the Convention.

According to Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties:

> "1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
>
> 2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:
>
> *(a)* any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;
>
> *(b)* any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty."

19. The Special Agreement also refers, in Article I, to the "rules and principles of international law". Article III of the Special Agreement further states that these rules and principles "shall be those set forth in the provisions of Article 38, paragraph 1, of the Statute of the International Court of Justice". The Court will revert to the issue — in dispute between the parties — of whether this reference in the Special Agreement to the "rules and principles of international law" permits the Court to entertain Namibia's alternative argument founded on the doctrine of prescription (see paragraphs 90-94 below).

The Parties also refer to the principles of both the Charter of the United Nations and the Charter of the Organization of African Unity (OAU), as well as to resolution AHG/Res. 16 (1), adopted in Cairo on 21 July 1964 by the Assembly of Heads of State and Government of the OAU. The latter provides that Member States of the OAU pledge themselves *inter alia* to respect the frontiers existing on their achievement

18. Le droit applicable à la présente espèce trouve tout d'abord sa source dans le traité de 1890 par lequel le Botswana et la Namibie reconnaissent être liés.

Pour ce qui est de l'interprétation de ce traité, la Cour note que ni le Botswana ni la Namibie ne sont parties à la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, mais que l'un et l'autre estiment que l'article 31 de la convention de Vienne est applicable en tant qu'expression du droit international coutumier. La Cour elle-même a déjà eu l'occasion de rappeler par le passé que le droit international coutumier avait trouvé son expression dans l'article 31 de la convention de Vienne (voir *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 21, par. 41; *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996 (II)*, p. 812, par. 23). L'article 4 de la convention, selon lequel «celle-ci s'applique uniquement aux traités conclus par des Etats après son entrée en vigueur à l'égard de ces Etats», ne constitue donc pas un obstacle à ce que la Cour interprète le traité de 1890 suivant les règles exprimées à l'article 31 de la convention.

Selon l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités:

> «1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.
>
> 2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus:
>
> *a)* tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion d'un traité;
>
> *b)* tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité.»

19. Le compromis se réfère en outre, dans son article I, aux «règles et principes du droit international». L'article III ajoute que ces règles et principes «sont ceux qui sont énumérés au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice.» La Cour reviendra plus tard sur la question — contestée entre les Parties — de savoir si cette référence aux «règles et principes du droit international» dans le compromis lui permet de connaître de l'argumentation présentée à titre subsidiaire par la Namibie et fondée sur la doctrine de la prescription (voir paragraphes 90-94 ci-après).

Les Parties se réfèrent par ailleurs aux principes de la Charte des Nations Unies et de la charte de l'Organisation de l'unité africaine, ainsi qu'à la résolution AHG/Rés. 16 (I), adoptée au Caire le 21 juillet 1964 par la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine. Aux termes de cette résolution, les Etats membres de l'Organisation de l'unité africaine s'engagent notamment à respecter les

of national independence (an implementation of the principle of *uti possedetis juris*).

* *

20. The Court will now proceed to interpret the provisions of the 1890 Treaty by applying the rules of interpretation set forth in the 1969 Vienna Convention. It recalls that

> "a treaty must be interpreted in good faith, in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in their context and in the light of its object and purpose. Interpretation must be based above all upon the text of the treaty. As a supplementary measure recourse may be had to means of interpretation such as the preparatory work of the treaty." (*Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994*, pp. 21-22, para. 41.)

In order to illuminate the meaning of words agreed upon in 1890, there is nothing that prevents the Court from taking into account the present-day state of scientific knowledge, as reflected in the documentary material submitted to it by the Parties (compare *Controversia sobre el recorrido de la traza del límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy (Argentina/Chile) [Dispute concerning the course of the frontier between B.P. 62 and Mount Fitzroy (Argentina/Chile)]*, also known as the "*Laguna del desierto*" case, Arbitral Award of 21 October 1994, *International Law Reports (ILR)*, Vol. 113, p. 76, para. 157; *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, Vol. 2, 1996, p. 592, para. 157).

21. The Court will first examine the text of the 1890 Treaty, Article III of which reads as follows:

> "In Southwest Africa the sphere in which the exercise of influence is reserved to Germany is bounded:
>
> 1. To the south by a line commencing at the mouth of the Orange river, and ascending the north bank of that river to the point of its intersection by the 20th degree of east longitude.
>
> 2. To the east by a line commencing at the above-named point, and following the 20th degree of east longitude to the point of its intersection by the 22nd parallel of south latitude; it runs eastward along that parallel to the point of its intersection by the 21st degree of east longitude; thence it follows that degree northward to the point of its intersection by the 18th parallel of south latitude; it runs eastward along that parallel till it reaches the river Chobe, and descends the centre of the main channel of that river to its junction with the Zambesi, where it terminates.
>
> It is understood that under this arrangement Germany shall have free access from her Protectorate to the Zambesi by a strip of territory which shall at no point be less than 20 English miles in width.

frontières existant au moment où ils ont accédé à l'indépendance (application du principe de l'*uti possidetis juris*).

* * *

20. La Cour procédera maintenant à l'interprétation du traité de 1890 en appliquant les règles d'interprétation exprimées dans la convention de Vienne de 1969. Elle rappellera que:

> «un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. L'interprétation doit être fondée avant tout sur le texte du traité lui-même. Il peut être fait appel à titre complémentaire à des moyens d'interprétation tels les travaux préparatoires et les circonstances dans lesquelles le traité a été conclu.» (*Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 21-22, par. 41.)

Aux fins d'éclairer le sens des mots retenus en 1890, rien ne s'oppose à ce que la Cour tienne compte de l'état présent des connaissances scientifiques, tel que reflété dans le matériau documentaire que les Parties ont produit devant elle (comp. *Controversia sobre el recorrido de la traza del límite entre el Hito 62 y el Monte Fitz Roy (Argentina/Chile) [Différend sur le tracé de la ligne frontière entre la borne 62 et le mont Fitz Roy (Argentine/Chili)]*, affaire dite de la *«Laguna del desierto»*, sentence arbitrale du 21 octobre 1994, *Revue générale de droit international public (RGDIP)*, t. 2, 1996, p. 592, par. 157; *International Law Reports (ILR)*, vol. 113, p. 76, par. 157).

21. La Cour examinera en premier lieu le texte du traité de 1890, dont l'article III se lit comme suit:

> «Dans le Sud-Ouest africain, la sphère d'influence réservée à l'Allemagne est délimitée comme suit:
>
> 1. Au sud, par une ligne qui part de l'embouchure de l'Orange et suit vers l'amont la rive nord de ce fleuve jusqu'à son intersection avec le 20^e degré de longitude est.
>
> 2. A l'est, par une ligne qui part du point d'intersection susmentionné et suit le 20^e degré de longitude est jusqu'à son intersection avec le 22^e parallèle de latitude sud, suit ce parallèle vers l'est jusqu'à son intersection avec le 21^e degré de longitude est; puis suit ce méridien vers le nord jusqu'à son intersection avec le 18^e parallèle de latitude sud; suit ce parallèle vers l'est jusqu'au Chobe, et suit le centre du chenal principal de ce fleuve jusqu'à son confluent avec le Zambèze, où elle s'arrête.
>
> Il est entendu qu'en vertu de cet arrangement, l'Allemagne a libre accès au Zambèze depuis son protectorat par une bande de territoire qui en aucun point ne doit avoir une largeur inférieure à 20 miles anglais.

> The sphere in which the exercise of influence is reserved to Great Britain is bounded to the west and northwest by the above-mentioned line. It includes Lake Ngami.
>
> The course of the above boundary is traced in general accordance with a map officially prepared for the British Government in 1889."

As far as the region covered by the present case is concerned, this provision locates the dividing line between the spheres of influence of the contracting parties in the "main channel" of the River Chobe; however, neither this, nor any other provision of the Treaty, furnishes criteria enabling that "main channel" to be identified. It must also be noted that the English version refers to the "centre" of the main channel, while the German version uses the term "thalweg" of that channel *(Thalweg des Hauptlaufes)*.

22. Throughout the proceedings, the Parties have expressed differing opinions regarding the method to be applied for the purpose of interpreting these expressions. Botswana contends that:

> "[i]n a bifurcated stretch of river, such as the Chobe River in the vicinity of Kasikili/Sedudu Island, both channels will have their respective *thalwege*. However, the *thalweg* of the main channel will be at a lower elevation than the *thalweg* of the other channel. Only the *thalweg* of the main channel can be logically connected to the *thalweg* of the channel upstream of the point of bifurcation and downstream of the point of reunion."

Botswana maintains that, in order to establish the line of the boundary around Kasikili/Sedudu Island, it is sufficient to determine the *thalweg* of the Chobe; it is that which identifies the main channel of the river. For Botswana, the words *"des Hauptlaufes"* therefore add nothing to the text.

23. For Namibia, however, the task of the Court is first to identify the main channel of the Chobe around Kasikili/Sedudu Island, and then to determine where the centre of this channel lies:

> "The 'main channel' must be found first; the 'centre' can necessarily only be found afterward. This point is equally pertinent to the German translation of the formula '. . . *im Thalweg des Hauptlaufes* . . .' In the same way as with the English text, the search must first be for the '*Hauptlauf*' and for the '*Thalweg*' only after the '*Hauptlauf*' has been found. The '*Hauptlauf*' cannot be identified by first seeking to find the '*Thalweg*'."

24. The Court notes that various definitions of the term "thalweg" are found in treaties delimiting boundaries and that the concepts of the thalweg of a watercourse and the centre of a watercourse are not equivalent. The word "thalweg" has variously been taken to mean "the most suitable channel for navigation" on the river, the line "determined by the line of

> La sphère d'influence réservée à la Grande-Bretagne est bornée à l'ouest et au nord-ouest par la ligne susmentionnée. Elle comprend le lac Ngami.
>
> Le cours de la frontière décrite ci-dessus est tracé d'une façon générale d'après une carte établie officiellement pour le Gouvernement britannique en 1889.»

Pour ce qui est de la région concernée par la présente affaire, cette disposition situe la limite entre les sphères d'influence des parties contractantes dans le «chenal principal» du Chobe; elle ne fournit toutefois, pas davantage que d'autres dispositions du traité, de critères qui permettraient d'identifier ce «chenal principal». Il convient également de noter que la version anglaise parle du «centre» du chenal principal *(centre of the main channel)* et que la version allemande utilise le terme «thalweg» dudit chenal *(Thalweg des Hauptlaufes)*.

22. Les Parties, tout au long de la procédure, ont exprimé des opinions différentes quant à la méthode à appliquer à l'interprétation de ces expressions. Le Botswana fait valoir que

> «[d]ans une partie d'un cours d'eau qui comporte une bifurcation, ce qui est le cas du Chobe au voisinage de l'île de Kasikili/Sedudu, les deux chenaux ont chacun leur *thalweg* respectif. Cependant, le *thalweg* du chenal principal se trouvera à une altitude plus basse que le *thalweg* de l'autre chenal. Seul le *thalweg* du chenal principal peut être logiquement relié au *thalweg* du chenal en amont du point de bifurcation et en aval du point de confluence.»

Le Botswana en tire la conclusion que, pour établir le tracé de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu, il suffit de déterminer quel est le thalweg du Chobe; c'est ce dernier qui identifie le chenal principal du fleuve. Selon lui, les mots *«des Hauptlaufes»* n'ajouteraient donc rien au texte.

23. Selon la Namibie, en revanche, la tâche de la Cour consiste tout d'abord à déterminer quel est le chenal principal du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu et ensuite à déterminer où se trouve le centre de ce chenal:

> «Il faut d'abord localiser le «chenal principal» et ce n'est forcément qu'après qu'on peut rechercher le «centre». Cette observation vaut également pour la traduction allemande du passage en question, «im Thalweg des Hauptlaufes...» Comme dans le texte anglais, il faut d'abord localiser le «Hauptlauf» et ne rechercher où se situe le «Thalweg» qu'après avoir trouvé le premier. On ne saurait localiser le «Hauptlauf» en cherchant d'abord à trouver le «Thalweg».»

24. La Cour constate que le terme «thalweg» a reçu, dans les traités de délimitation de frontières, des définitions diverses et que les notions de thalweg d'un cours d'eau et de centre d'un cours d'eau ne sont pas identiques. Selon le cas, le mot «thalweg» désigne «le chemin le plus propre à la navigation» sur le fleuve, la ligne «déterminée par la suite des son-

deepest soundings", or "the median line of the main channel followed by boatmen travelling downstream". Treaties or conventions which define boundaries in watercourses nowadays usually refer to the thalweg as the boundary when the watercourse is navigable and to the median line between the two banks when it is not, although it cannot be said that practice has been fully consistent.

25. The Court further notes that at the time of the conclusion of the 1890 Treaty, it may be that the terms "centre of the [main] channel" and *"Thalweg" des Hauptlaufes* were used interchangeably. In this respect, it is of interest to note that, some three years before the conclusion of the 1890 Treaty, the Institut de droit international stated the following in Article 3, paragraph 2, of the "Draft concerning the international regulation of fluvial navigation", adopted at Heidelberg on 9 September 1887: "The boundary of States separated by a river is indicated by the thalweg, that is to say, the median line of the channel" (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1887-1888, p. 182), the term "channel" being understood to refer to the passage open to navigation in the bed of the river, as is clear from the title of the draft. Indeed, the parties to the 1890 Treaty themselves used the terms "centre of the channel" and "thalweg" as synonyms, one being understood as the translation of the other (see paragraph 46 below).

The Court observes, moreover, that in the course of the proceedings, Botswana and Namibia did not themselves express any real difference of opinion on this subject. The Court will accordingly treat the words "centre of the main channel" in Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty as having the same meaning as the words "Thalweg des Hauptlaufes" (cf. 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 33, paragraph 3, under which "the terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text").

26. The Court adds that, in this case, the Parties to the dispute have used the term "channel" to refer to each of the two branches of the Chobe that ring Kasikili/Sedudu Island, and have not confined the term "channel" to the stricter usage meaning the navigable passage of a river or of one of its branches. In view of this fact, the Court itself in this Judgment will likewise employ the term "channel" in a broad sense.

27. In the Court's opinion, the real dispute between the Parties concerns the location of the main channel where the boundary lies. In Botswana's view, it is to be found "on the basis of the thalwegs in the northern and western channel of the Chobe", whereas in Namibia's view, it "lies in the centre (that is to say thalweg) of the southern channel of the Chobe River".

While Botswana thought it sufficient for the Court to locate the line of deepest soundings in this section of the Chobe, which in its view leads to the centre of the northern channel as the boundary, the Court notes that this was not the only test it relied on. Moreover, the Court observes that by introducing the term "main channel" into the draft treaty, the con-

dages les plus profonds» ou «la ligne médiane du chenal principal qu'empruntent les bateliers descendant le fleuve». Les traités ou conventions qui définissent des frontières dans des cours d'eau désignent généralement aujourd'hui le thalweg comme frontière lorsque le cours d'eau est navigable et la ligne médiane entre les deux rives lorsqu'il ne l'est pas, sans que l'on puisse toutefois constater l'existence d'une pratique totalement cohérente en la matière.

25. La Cour relèvera en outre qu'à l'époque où le traité de 1890 a été conclu, il se peut que les termes «centre du chenal» principal et *« Thalweg» des Hauptlaufes* étaient utilisés comme s'ils étaient interchangeables. A cet égard, il est intéressant de noter que, quelque trois ans avant la conclusion du traité de 1890, l'Institut de droit international a indiqué ce qui suit à l'alinéa 2 de l'article 3 du «Projet de règlement international de navigation fluviale» adopté à Heidelberg le 9 septembre 1887: «La frontière des Etats séparés par un fleuve est marquée par le thalweg, c'est-à-dire par la ligne médiane du chenal» (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1887-1888, p. 182), le terme «chenal» étant compris comme désignant le passage ouvert à la navigation dans le lit d'un fleuve, ainsi qu'il ressort clairement du titre du projet. Aussi bien les parties au traité de 1890 ont-elles utilisé les termes «centre du chenal» et «thalweg» comme des synonymes, l'un étant entendu comme la traduction de l'autre (voir paragraphe 46 ci-après).

La Cour observera encore qu'au cours de la procédure le Botswana et la Namibie n'ont eux-mêmes pas exprimé des positions réellement différentes à cet égard. En l'occurrence, la Cour considérera donc que les mots «centre du chenal principal» inclus dans le paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890 ont le même sens que les mots *« Thalweg des Hauptlaufes»* (cf. convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, article 33, paragraphe 3, selon lequel «les termes d'un traité sont présumés avoir le même sens dans les divers textes authentiques»).

26. Il y a lieu d'ajouter qu'en l'espèce les Parties au différend ont utilisé le terme «chenal» pour désigner chacun des deux bras du Chobe qui entourent l'île de Kasikili/Sedudu, et ne s'en sont pas tenues au sens plus strict de ce terme désignant la voie navigable d'un fleuve ou de l'un de ses bras. De ce fait, la Cour elle-même, dans le présent arrêt, utilisera également le terme «chenal» dans un sens large.

27. De l'avis de la Cour, le véritable différend entre les Parties concerne l'emplacement du chenal principal où se situe la frontière. Pour le Botswana, celle-ci doit être déterminée «sur la base du thalweg dans le chenal nord et ouest du Chobe», tandis que, pour la Namibie, elle «suit le centre (c'est-à-dire le *thalweg*) du chenal sud du Chobe».

Le Botswana estime qu'il suffit pour la Cour de déterminer l'emplacement de la ligne des sondages les plus profonds dans cette section du Chobe, qui selon lui conduit à adopter comme frontière le centre du chenal nord, mais la Cour relève que ce n'est pas le seul critère invoqué par le Botswana. La Cour observe de surcroît qu'on doit présumer que les

tracting parties must be assumed to have intended that a precise meaning be given to it. For these reasons, the Court will therefore proceed first to determine the main channel. In so doing, it will seek to determine the ordinary meaning of the words "main channel" by reference to the most commonly used criteria in international law and practice, to which the Parties have referred.

* *

28. Before entering into an examination of these criteria, the Court observes that the Parties' experts have submitted to it extensive, often contradictory, information on the distinguishing features of the Chobe.

For Botswana the Chobe "is a perennial river independent of the Zambezi River, with a stable profile, continuous downstream flow and visible and stable banks".

Namibia, for its part, claims that the Chobe cannot be regarded as a perennial river, and that in reality it is an ephemeral watercourse. Namibia points out that the Chobe is very often dry over a substantial section of its course, so that it is not navigable over most of its length.

The Court does not find itself charged with making findings on the distinguishing features of the Chobe River. It will take these into account only in so far as they affect the sector of Kasikili/Sedudu Island. The Court's task is in fact limited to settling the dispute between Botswana and Namibia by determining the boundary between these two States around the Island as well as the legal status of the Island.

29. The Parties to the dispute agree on many of the criteria for identifying the "main channel", but disagree on the relevance and applicability of several of those criteria.

For Botswana, the relevant criteria are as follows: greatest depth and width; bed profile configuration; navigability; greater flow of water. Botswana also lays stress, in the following terms, on the importance, from the standpoint of identification of the main channel, of "channel capacity", "flow velocity"and "volume of flow":

> "*channel capacity* — This is determined by width and depth of the channel and in the discharge equation it is represented by cross-sectional area. From the cross-section survey and the analysis of satellite imagery, it is clear that the northern channel is deeper than the southern channel. . . .
>
> *flow velocity* — Flow velocity is a function of bed slope, hydraulic radius and roughness coefficient. . . . the northern channel has a steeper bed slope; both of its banks are smooth (compared to the southern channel), therefore velocity will be higher in that channel.
>
> *volume of flow* — Volume of flow in a channel is computed as the

parties contractantes, en introduisant l'expression «chenal principal» dans le projet de traité, ont voulu lui attribuer un sens précis. Aussi la Cour entreprendra-t-elle d'abord de déterminer quel est le chenal principal. Elle recherchera à cet effet le sens ordinaire de l'expression «chenal principal» en se référant aux critères les plus couramment utilisés en droit international et dans la pratique des Etats, que les Parties ont invoqués.

* *

28. Avant d'entamer l'examen de ces critères, la Cour notera que les experts des Parties lui ont fourni des informations abondantes et souvent contradictoires sur les particularités du Chobe.

Selon le Botswana, celui-ci «est un cours d'eau pérenne indépendant du Zambèze, pourvu d'un profil stable, d'un écoulement continu vers l'aval et de rives visibles et stables».

La Namibie, pour sa part, prétend que le Chobe ne peut être considéré comme un cours d'eau pérenne, et qu'il est en réalité un cours d'eau éphémère. La Namibie relève que le Chobe est très souvent à sec sur une large fraction de son cours, de sorte qu'il n'est pas navigable sur la plus grande partie de sa longueur.

La Cour n'estime pas devoir se prononcer sur les particularités du fleuve Chobe. Elle n'en tiendra compte que dans la mesure où celles-ci ont une incidence dans le secteur de l'île de Kasikili/Sedudu. La tâche de la Cour se limite en effet à résoudre le différend entre le Botswana et la Namibie en déterminant la frontière entre les deux Etats précités autour de l'île, ainsi que le statut juridique de cette dernière.

29. Les Parties au différend s'accordent sur un grand nombre de critères permettant d'identifier le «chenal principal», mais s'opposent sur la pertinence et sur l'applicabilité de plusieurs de ces critères.

Selon le Botswana, les critères pertinents sont les suivants: la profondeur et la largeur les plus grandes, la configuration du profil du lit, la navigabilité et le plus grand volume d'écoulement des eaux. Le Botswana a souligné par ailleurs dans les termes suivants l'importance, au regard de l'identification du chenal principal, de la «capacité du chenal», de la «vitesse du courant» et du «volume écoulé»:

> «*Capacité du chenal* — Celle-ci est déterminée par la largeur et la profondeur du chenal et, dans l'équation du débit, elle est représentée par la surface de la section transversale. Il ressort clairement du levé des sections transversales et de l'analyse des images satellites que le chenal nord est plus profond que le chenal sud ...
>
> *Vitesse du courant* — La vitesse du courant est fonction de la pente du fond, du rayon hydraulique et du coefficient de rugosité ... le chenal nord possède une pente du fond plus forte; ses deux rives étant régulières (en comparaison de celles du chenal sud), la vitesse sera plus grande dans le chenal nord.
>
> *Volume écoulé* — Le volume écoulé dans un chenal est le produit

> product of channel capacity (cross-section area) and mean velocity through the cross-section."

Namibia acknowledges that

> "[p]ossible criteria for identifying the main channel in a river with more than one channel are the channel with the greatest width, or the greatest depth, or the channel that carries the largest proportion of the annual flow of the river. In many cases the main channel will have all three of these characteristics."

It adds, however, referring to the sharp variations in the level of the Chobe's waters, that: "neither width nor depth are suitable criteria for determining which channel is the main channel." Namibia nevertheless further states the following:

> "Various criteria may be employed; these include width, depth, velocity, discharge, and sediment transport capacity. Since discharge is the product of width, mean depth and mean velocity, and is a determinant of transport capacity, it is the most straightforward and general criterion."

Among the possible criteria, Namibia therefore attaches the greatest weight to the amount of flow: according to Namibia, the main channel is the one "that carries the largest proportion of the annual flow of the river". Namibia also emphasized that another key task was to identify the channel that is "most used for river traffic".

30. The Court finds that it cannot rely on one single criterion in order to identify the main channel of the Chobe around Kasikili/Sedudu Island, because the natural features of a river may vary markedly along its course and from one case to another. The scientific works which define the concept of "main channel" frequently refer to various criteria: thus, in the *Dictionnaire français d'hydrologie de surface avec équivalents en anglais, espagnol, allemand* (Masson, 1986), the "main channel" is "the widest, deepest channel, in particular the one which carries the greatest flow of water" (p. 66); according to the *Water and Wastewater Control Engineering Glossary* (Joint Editorial Board Representing the American Public Health Association, American Society of Civil Engineers, American Water Works Association and Water Pollution Control Federation, 1969), the "main channel" is "the middle, deepest or most navigable channel" (p. 197). Similarly, in the *Rio Palena* Arbitration, the arbitral tribunal appointed by the Queen of England applied several criteria in determining the major channel of a boundary river (*Argentina-Chile Frontier Case* (1966), United Nations, *Reports of International Arbitral Awards* (*RIAA*), Vol. XVI, pp. 177-180; *International Law Reports* (*ILR*), Vol. 38, pp. 94-98). The Court notes that the Parties have expressed their views on one or another aspect of the criteria mentioned in paragraph 29 above, distinguishing between them or placing emphasis

> de la capacité du chenal (surface de la section transversale) et de la vitesse moyenne dans la section transversale.»

La Namibie admet que

> «[l]es critères envisageables pour assurer l'identification du chenal principal d'un fleuve comportant plus d'un chenal sont: le chenal le plus large, le chenal le plus profond ou le chenal qui transporte la plus grande proportion de l'écoulement annuel de ce fleuve. Dans de nombreux cas, le chenal principal présente ces trois caractéristiques réunies.»

Elle ajoute cependant, évoquant les brusques variations du niveau des eaux du Chobe, que «[n]i la largeur ni la profondeur ne constituent des critères appropriés pour déterminer quel chenal est le chenal principal». La Namibie indique toutefois ce qui suit:

> «On peut utiliser divers critères, notamment la largeur, la profondeur, la vitesse, le débit et la capacité de transport de sédiments. Le débit étant le produit de la largeur, de la profondeur moyenne et de la vitesse moyenne ainsi qu'un facteur déterminant de la capacité de transport, il constitue le critère le plus simple et le plus universel.»

Parmi les critères possibles, la Namibie accorde donc un poids décisif au débit: selon elle, le chenal principal est celui «qui déplace la plus grande proportion de l'écoulement annuel du fleuve». La Namibie a également fait valoir qu'une autre tâche essentielle consistait à déterminer le chenal qui est «le plus utilisé pour le trafic fluvial».

30. La Cour est d'avis que, pour identifier le chenal principal du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu, elle ne peut pas se fonder sur un seul et unique critère, car les caractéristiques naturelles d'un fleuve peuvent différer fortement le long de son cours et d'un cas à l'autre. Les ouvrages scientifiques qui définissent la notion de «chenal principal» font souvent référence à divers critères: ainsi, selon le *Dictionnaire français d'hydrologie de surface avec équivalents en anglais, espagnol, allemand* (Masson, 1986), le «chenal principal» est «le chenal le plus large, le plus profond, celui surtout qui transite les débits les plus importants» (p. 66); suivant le *Water and Wastewater Control Engineering Glossary* (Joint Editorial Board Representing the American Public Health Association, American Society of Civil Engineers, American Water Works Association and Water Pollution Control Federation, 1969), le «chenal principal» est le «chenal central, le plus profond ou le plus navigable» (p. 197). De même, dans l'arbitrage relatif au *Rio Palena*, le tribunal arbitral désigné par la reine d'Angleterre a appliqué plusieurs critères pour déterminer le chenal principal d'un fleuve frontalier (*Argentina-Chile Frontier Case* (1966), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. XVI, p. 177-180; *International Law Reports (ILR)*, vol. 38, p. 94-98). La Cour remarque que les Parties se sont exprimées sur l'un ou l'autre aspect des critères mentionnés au paragraphe 29 ci-dessus, les dis-

on their complementarity and their relationship with other criteria. It will take into account all of these criteria.

31. Before coming to a conclusion on the respective role and significance of the various criteria thus chosen, the Court notes, on the basis of the information supplied by both Parties concerning the hydrological situation of Kasikili/Sedudu Island, that there are compelling reasons for assuming that this situation has seen no radical change over the last hundred years. The aerial photographs taken in 1925, 1943, 1947, 1962, 1972, 1977, 1981 and 1985 show no major mutation in the channels of the Chobe and indicate that the channels surrounding the Island remained relatively stable throughout that period of time. Moreover, the Parties are in agreement on this point. Namibia states on this count:

> "Namibia's position does not depend on any changes in the general configuration of the Island and the surrounding area since the Treaty was signed. Thus, Namibia accepts that there have been no significant changes in the location of the northern and southern channels since 1890."

Similarly, Botswana affirms that there

> "is a complete absence of any evidence of radical change in the course of the Chobe. Large scale maps both before and after the 1890 Anglo-German Agreement, prepared by those who had actually surveyed this stretch of the Chobe River, show an unchanged course."

In short, the present hydrological situation of the Chobe around Kasikili/Sedudu Island may be presumed to be essentially the same as that which existed when the 1890 Treaty was concluded.

32. The Court will first examine the criterion of depth. According to Botswana's experts, the mean depth of the northern channel is 5.70 metres, clearly exceeding the mean depth of the southern channel by 2.13 metres. As for the shallowest points, the depth is said to be 1.5 to 2 metres at the entry to the southern channel, i.e., a much shallower depth than in the northern channel.

Although Namibia agrees that the northern channel has the greater mean depth, it disputes that this conclusion is of any importance whatsoever for determining the main channel. It maintains that what is important in this respect is not mean depth but draught at the shallowest point of the channel; and it asserts that any differences between the shallowest points in the northern and southern channels are minute. For Namibia, the results of the 1985 Joint Survey (see paragraph 64 below) in respect of the minimum depth of the two channels (see Reply of Namibia, Vol. II, *Second supplementary report to the expert report on the identification of the main channel of the Chobe River at Kasikili Island, Fig. 14*) are incon-

tinguant ou mettant l'accent sur leur complémentarité et leurs rapports avec d'autres critères. Elle prendra en considération l'ensemble des critères ainsi mentionnés.

31. Avant de s'exprimer sur le rôle et l'importance respectifs des différents critères ainsi retenus, la Cour constatera, sur la base des indications fournies par les deux Parties quant à la situation hydrologique de l'île de Kasikili/Sedudu, qu'il y a de fortes raisons de supposer que cette situation n'a enregistré aucun changement radical durant les cent dernières années. Les photographies aériennes prises en 1925, 1943, 1947, 1962, 1972, 1977, 1981 et 1985 ne montrent aucune mutation importante des chenaux du Chobe et indiquent que ceux qui entourent l'île sont restés relativement stables tout au long de cette période. Du reste, les Parties sont d'accord sur ce point. La Namibie s'est à cet égard exprimée comme suit :

> « la position de la Namibie ne dépend pas des modifications qu'aurait subies la configuration générale de l'île et de la zone environnante depuis la signature du traité. La Namibie reconnaît ainsi que l'emplacement des chenaux nord et sud ne s'est pas sensiblement modifié depuis 1890. »

Le Botswana affirme de même qu'il

> « n'existe absolument aucun élément prouvant un changement radical du cours du Chobe. Les cartes à grande échelle établies avant et après l'accord anglo-allemand de 1890 par ceux qui ont effectué des levés de cette portion du Chobe indiquent que le cours n'a pas changé. »

En somme, la situation hydrologique actuelle du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu peut être présumée identique pour l'essentiel à celle qui existait lors de la conclusion du traité de 1890.

32. La Cour examinera en premier lieu le critère de la profondeur. Selon les experts du Botswana, la profondeur moyenne du chenal nord est de 5,70 mètres et dépasse ainsi nettement de 2,13 mètres la profondeur moyenne du chenal sud. En ce qui concerne les points les moins profonds, ils se situeraient à une profondeur de 1,5 mètre à 2 mètres à l'entrée du chenal sud, c'est-à-dire à une profondeur bien plus faible que dans le chenal nord.

La Namibie, même si elle souscrit à la conclusion que le chenal nord a la plus grande profondeur moyenne, conteste que cette conclusion revête une importance quelconque au regard de la détermination du chenal principal. Elle soutient que ce qui compte, à cet égard, ce n'est pas la profondeur moyenne mais le tirant d'eau au point le moins profond du chenal et elle fait valoir que les différences qui pourraient exister entre les points les moins profonds dans le chenal nord et le chenal sud sont infimes. Pour la Namibie, les résultats du levé conjoint de 1985 (voir paragraphe 64 ci-après) concernant la profondeur minimale des deux chenaux (voir réplique de la Namibie, vol. II, *Second rapport complémentaire au*

clusive, in so far as "the minimum thalweg depths of the two channels within the bifurcation zone were not determined". Namibia also introduced photographs showing a herd of elephants crossing the two channels of the Chobe, but produced no figures to show that the minimum depth of the southern channel was greater than that of the northern channel.

Notwithstanding all the difficulties involved in sounding the depth of the channels and interpreting the results, the Court concludes that the northern channel is deeper than the southern one as regards mean depth, and even as regards minimum depth.

33. The Court will now consider the criterion of width. The width of a river may increase or decrease in line with the variable level of its waters. In order to deal with this phenomenon, the width has often been determined on the basis of the low water mark (see, e.g., Article IX of the Boundary Convention between Baden and France of 30 January 1827 (De Clerq, *Recueil des Traités de la France*, Vol. III, pp. 429 *et seq.*); see also the judgment of the United States Supreme Court of 19 May 1933 in the case *Vermont* v. *New Hampshire*, *United States Reports*, Vol. 289, p. 619 (1933)) or the mean water level (see, e.g., the Arbitral Award rendered on 23 January 1933 by the Special Boundary Tribunal constituted by the Treaty of Arbitration between Guatemala and Honduras (*League of Nations Treaty Series*, Vol. 137, p. 259; United Nations *Reports of International Arbitral Awards* (*RIAA*), Vol. II, p. 1365)), which offer an acceptable basis for defining the characteristic features of a watercourse (channels, centre, flow, etc.).

As early as 1912, Captain Eason, of the Bechuanaland Police, after having visited the area, described the northern channel as being twice the width of the southern channel (see paragraph 53 below). The aerial photographs of the area concerned taken between 1925 and 1985 show a northern channel that is wider than the southern one. The satellite pictures taken in June 1975, then in March 1995 and June 1996 — i.e., in both the dry and rainy seasons — show the northern channel as being wider than the southern channel. The Court concludes that apart from the season of flooding that is indeed the situation.

34. The Parties both agree that the flow, i.e., the volume of water carried, plays an important role, and for Namibia even a decisive role, in determining the main channel — although they do not reach the same conclusion.

According to the data submitted by Botswana,

> "the northern channel conveys about twice as much flow as the southern channel. The mean discharge at Site II in the northern channel is 78.865 m^3/s compared to 41.823 m^3/s at Site I in the southern channel. . . . Notice that the ratio of roughly 1 : 2 between

rapport d'expertise concernant l'identification du chenal principal du Chobe à la hauteur de l'île de Kasikili, graphique 14) ne sont pas concluants, dans la mesure où «la profondeur minimale des thalwegs des deux chenaux dans la zone de bifurcation n'avait pas été déterminée». La Namibie a également présenté des photographies montrant un groupe d'éléphants traversant les deux chenaux du Chobe; elle ne produit cependant pas de chiffres pour démontrer que la profondeur minimale du chenal sud serait plus grande que celle du chenal nord.

Nonobstant toutes les difficultés que présentent la réalisation de sondages de profondeur et l'interprétation de leurs résultats, la Cour parvient à la conclusion que le chenal nord est plus profond que le chenal sud en termes de profondeur moyenne, et l'est même en termes de profondeur minimale.

33. La Cour passe maintenant au critère de la largeur. La largeur d'un fleuve peut augmenter ou diminuer en fonction du niveau variable de ses eaux. En raison de ce phénomène, on a souvent déterminé la largeur en fonction des basses eaux (voir par exemple l'article IX du traité de délimitation entre la France et le Grand-Duché de Bade du 30 janvier 1827 (De Clerq, *Recueil des traités de la France*, vol. III, p. 429 et suiv.); voir aussi l'arrêt, en date du 19 mai 1933, de la Cour suprême des Etats-Unis en l'affaire *Vermont c. New Hampshire*, *United States Reports*, vol. 289, p. 619 (1933)) ou d'après le niveau moyen des eaux (voir par exemple la sentence arbitrale rendue le 23 janvier 1933 par le tribunal spécial de délimitation constitué en exécution du traité d'arbitrage entre le Guatemala et le Honduras (*Recueil des traités de la Société des Nations*, vol. 137, p. 259; Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales (RSA)*, vol. II, p. 1365)), ce qui offre une base acceptable pour définir les caractéristiques d'un cours d'eau (chenaux, centre, débit, etc.).

Dès 1912, le capitaine Eason, de la police du Bechuanaland, a décrit le chenal nord comme deux fois plus large que le chenal sud, après s'être rendu sur le site (voir paragraphe 53 ci-après). Les photographies aériennes prises entre 1925 et 1985 au-dessus de la région en question montrent un chenal nord plus large que le chenal sud. Les images satellites réalisées en juin 1975, puis en mars 1995 et en juin 1996 — c'est-à-dire aussi bien pendant la saison sèche que pendant la saison des pluies — font apparaître le chenal nord comme étant plus large que le chenal sud. La Cour en conclut qu'hors la période des inondations telle est bien la situation.

34. Les Parties sont d'accord pour donner une grande importance, voire une importance décisive selon la Namibie, au débit — c'est-à-dire au volume d'eau transportée — pour la détermination du chenal principal, mais sans pour autant arriver à la même conclusion.

Selon les données présentées par le Botswana,

> «le débit du chenal nord est à peu près le double de celui du chenal sud. Le débit moyen à la station II dans le chenal nord est de 78,865 mètres cubes par seconde, contre 41,823 mètres cubes par seconde à la station I dans le chenal sud... Le rapport approximatif de un à

> the mean discharges of the southern and northern channels also applies to the median and maximum discharges."

Namibia criticizes this choice of gauging points, as well as the methods used, and disputes the accuracy of the figures provided by Botswana. For its part, it contends that

> "the southern channel carries not only the major portion, but substantially all of the flow of the River in the vicinity of Kasikili Island, while the northern channel has almost no longitudinal flow and is little more than a relict channel of the Zambezi floodplain".

Namibia provides the following figures for the volume of flow during the period from 30 April to 2 May 1998:

> "In the main channel to the south of the Island, the flow was 247 m^3/s, i.e., almost 60% of the total. In the northern channel it was 188 m^3/s."

35. The Court is not in a position to reconcile the figures submitted by the Parties, who take a totally different approach to the definition of the channels concerned. In Botswana's presentation, the two channels around Kasikili/Sedudu Island are those visible on the map (reproduced on page 1068 of this Judgment). For its part, Namibia argues, placing particular reliance on certain maps and images, in support of the existence of a major channel of the Chobe, of which the southern channel — visible throughout the year except when the river is in flood — merely constitutes the thalweg (see the aerial photograph reproduced on page 1069 of this Judgment). According to Namibia, "the left bank [of this large channel] is marked by the line of high ground crossing the Island in a west-east direction". This is the channel said to carry "the largest proportion of the annual flow of the river" and therefore to constitute the main channel of the Chobe in the sector of Kasikili/Sedudu Island. On a number of the photographs and maps submitted by Namibia (including the photograph reproduced on page 1069 of this Judgment), the banks of this channel, described as the main channel, are shown by means of arrows or by a continuous line.

36. Botswana vigorously disputes the existence of this channel. It states the following:

> "[Firstly], the surmised Namibian waterway across the Island occupies one sixth to one fifth of the northern channel. Secondly, it traverses the high elevations of the Island. Thirdly, the proposed line of its left bank, on examination of the aerial photographs and satellite images, is not a bank but a narrow sub-channel. Fourthly, that line is not tree-lined; and fifthly, the lower eastern areas of the Island, on the evidence, are the more probable path of overflow of Zambezi floods."

> deux entre les débits moyens des chenaux nord et sud s'applique également aux débits médians et aux débits maximaux.»

La Namibie critique le choix des points ainsi retenus aux fins des jaugeages ainsi que les méthodes appliquées, et conteste l'exactitude des chiffres fournis par le Botswana. Elle soutient pour sa part que

> «le chenal sud déplace non pas simplement la plus grande partie, mais la quasi-totalité des eaux du fleuve au voisinage de l'île de Kasikili, alors que l'écoulement longitudinal des eaux dans le chenal nord est quasi inexistant et que celui-ci n'est guère plus qu'un chenal résiduel de la plaine d'inondation du Zambèze».

Quant au volume du débit, la Namibie avance les chiffres suivants pour la période du 30 avril au 2 mai 1998:

> «Dans le chenal principal, au sud de l'île, le débit était de 247 m^3/s, c'est-à-dire presque 60% de l'écoulement. Dans le chenal nord, il était de 188 m^3/s.»

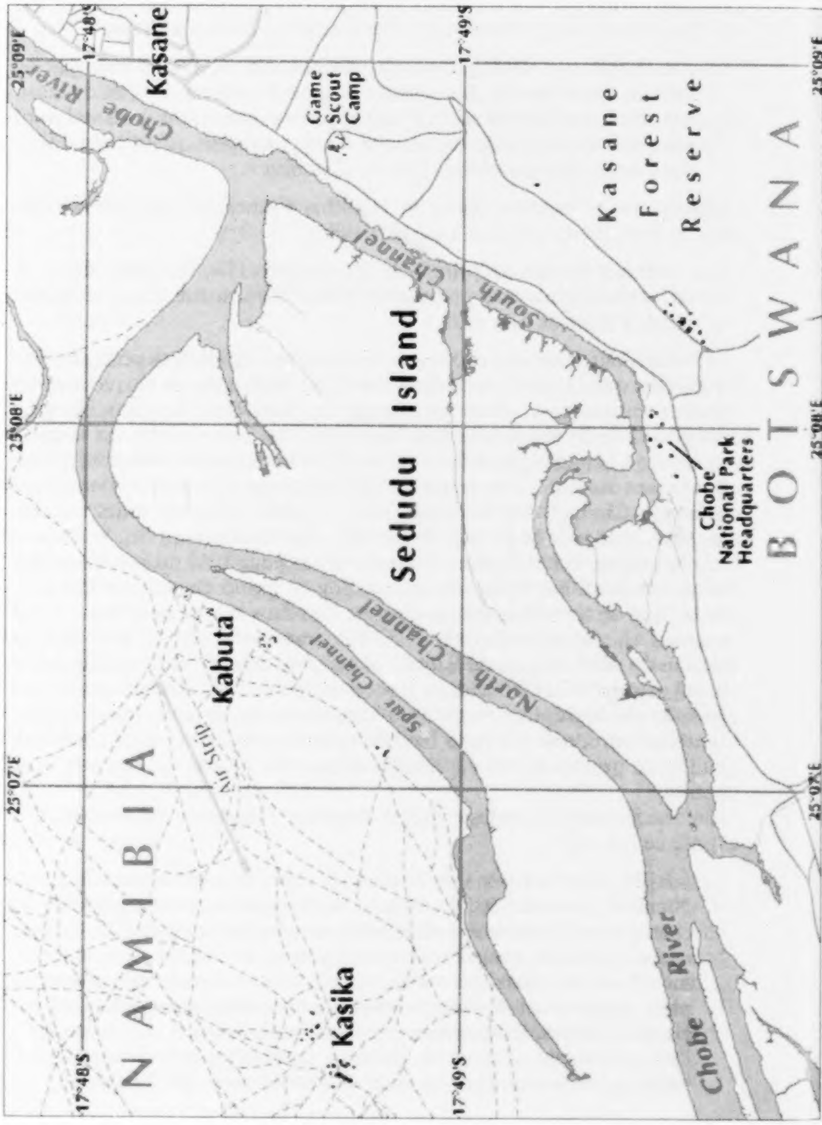
35. La Cour n'est pas en mesure de concilier les chiffres présentés par les Parties, qui ont une conception tout à fait différente de ce que sont les chenaux en question. Dans les exposés du Botswana, les deux chenaux autour de l'île de Kasikili/Sedudu sont ceux qui sont visibles sur la carte reproduite à la page 1068 du présent arrêt. Pour sa part, la Namibie plaide, en insistant sur certaines cartes et reproductions, l'existence d'un grand chenal du Chobe, dont le chenal sud — visible pendant toute l'année, excepté au cours de la période des crues — ne constituerait que le thalweg (voir la photographie aérienne reproduite à la page 1069 du présent arrêt). Suivant la Namibie, «[l]a rive gauche [de ce grand chenal] est marquée par la ligne de terres hautes qui traverse l'île dans le sens ouest-est». C'est ce grand chenal qui, selon la Namibie, transporterait «la plus grande fraction du débit annuel du fleuve» et qui constituerait en conséquence le chenal principal du Chobe dans le secteur de l'île de Kasikili/Sedudu. Sur plusieurs photographies et cartes présentées par la Namibie (dont la photographie reproduite à la page 1069 du présent arrêt), les rives de ce chenal, qualifié de principal, ont été marquées par des flèches ou par une ligne continue.

36. Le Botswana conteste vigoureusement l'existence de ce chenal. Il expose ce qui suit:

> «[Premièrement], la voie d'eau qui, selon l'hypothèse avancée par la Namibie, traverserait l'île, occupe de un sixième à un cinquième du chenal nord. Deuxièmement, elle traverse les hauteurs de l'île. Troisièmement, le tracé que suivrait sa rive gauche ne constitue pas une rive, mais bien un chenal secondaire étroit d'après l'étude des photographies aériennes et des images satellites. Quatrièmement, elle n'est pas bordée d'arbres. Cinquièmement, les zones inférieures de l'île situées à l'est constituent, d'après les éléments de preuve, la voie la plus probable qu'emprunteraient les eaux de débordement du Zambèze.»

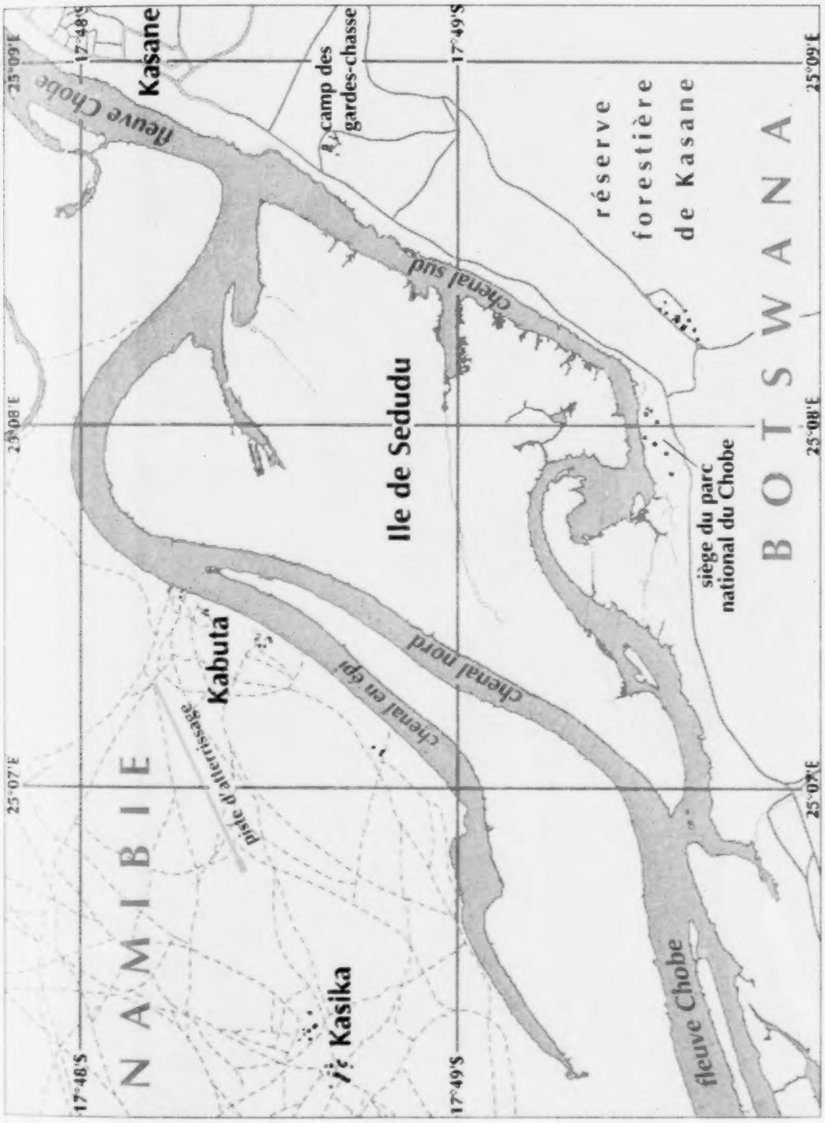
MAP SHOWING THE TWO CHANNELS AROUND KASIKILI/SEDUDU ISLAND ACCORDING TO BOTSWANA

(*Source* : Botswana Judges' Folder — Section 4)



CARTE REPRÉSENTANT LES DEUX CHENAUX AUTOUR DE L'ÎLE DE KASIKILI/SEDUDU SELON LE BOTSWANA

(*Source :* Quatrième partie du dossier d'audience du Botswana. Original en anglais.)

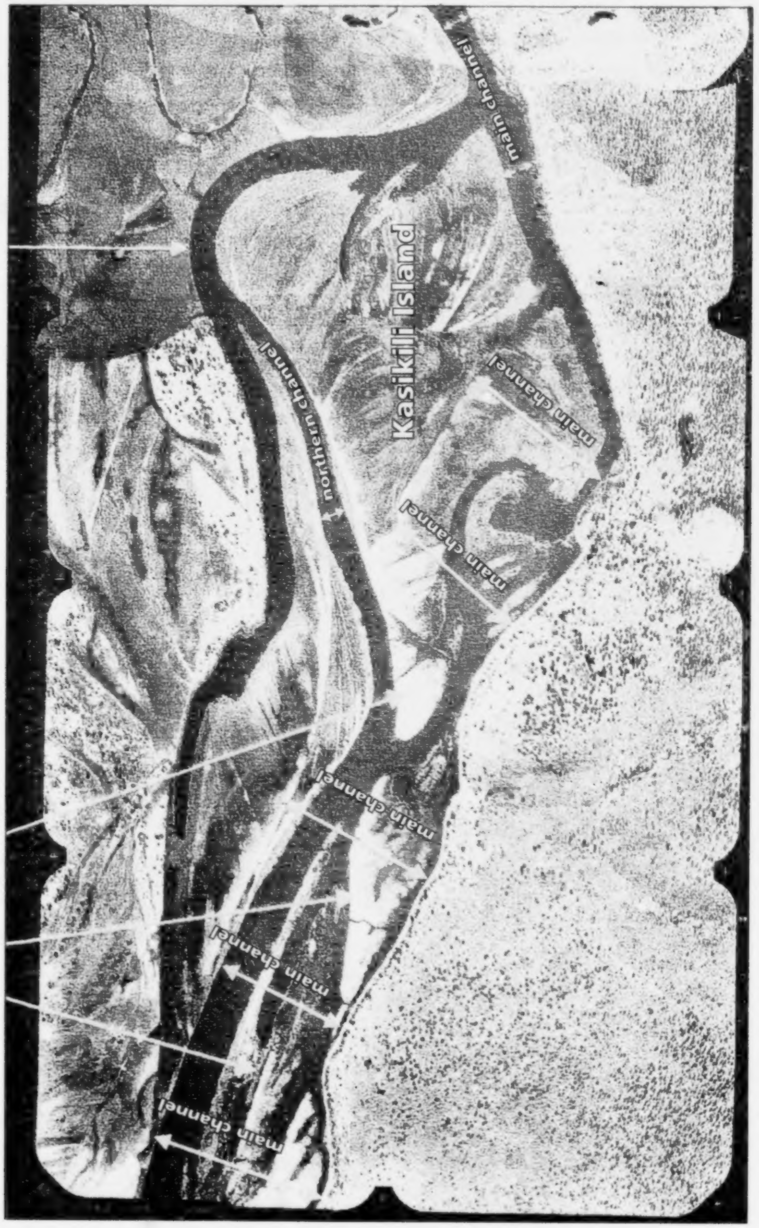


Photograph Showing the Two Channels around Kasikili/Sedudu Island according to Namibia

(*Source* : Namibia Judges' Folder — Document No. 1.4)

Emerging sediment bars after the passage of the seasonal flow in the river

Inflow into the northern channel directly from the Zambezi River has already ceased



NOTE: The flow in the Chobe River at Kasikili Island is seasonal, with no flow taking place in the dry season. During the dry season the water in the northern and southern channels is stagnant. During the wet season as flow commences the sediment bars in the main channel become inundated and flow takes place through the full width of the main channel. After the passage of the annual flow the water level drops, the sediment bars emerge, the flow ceases, and the water within the northern and southern channels becomes stagnant once more.

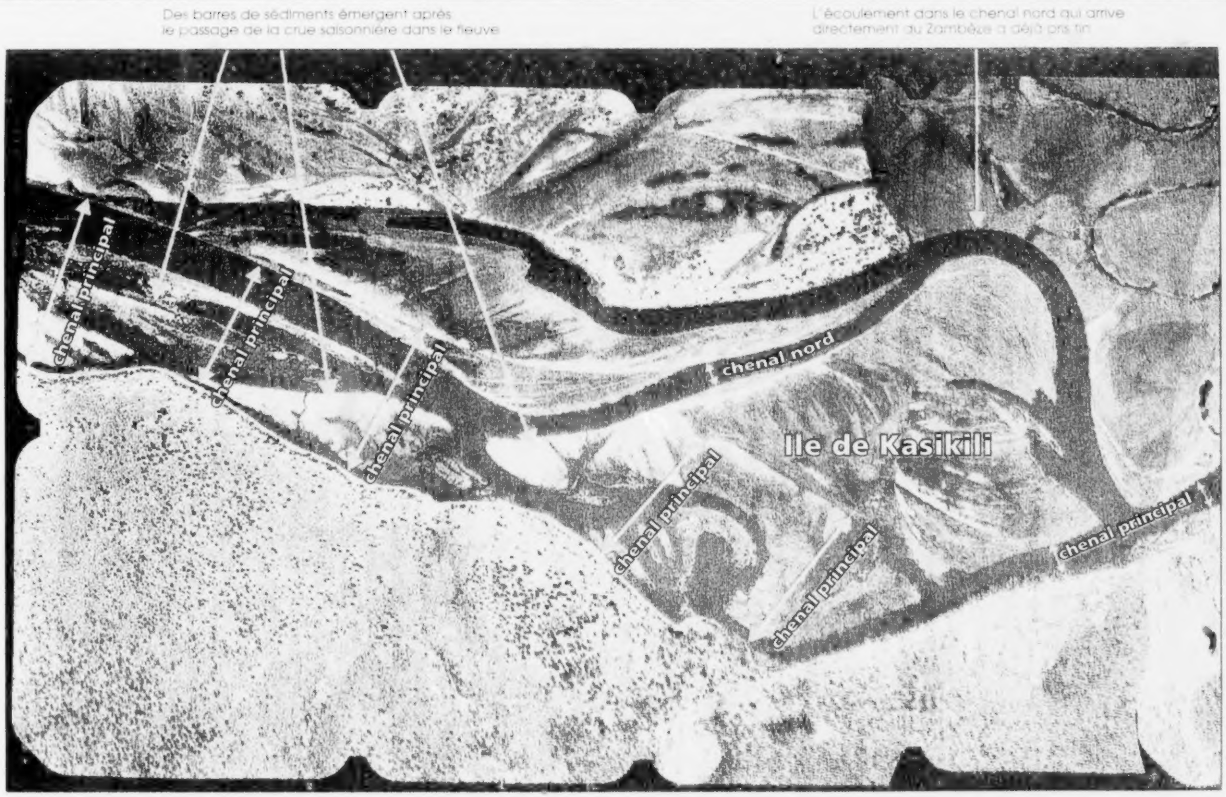
No 1.4

Figure 18
The location of the main channel of the Chobe River at Kasikili Island.

Date of photography 5 June 1997

PHOTOGRAPHIE REPRÉSENTANT LES DEUX CHENAUX AUTOUR DE L'ÎLE DE KASIKILI/SEDUDU SELON LA NAMIBIE

(*Source :* Document n° 1.4 du dossier d'audience de la Namibie. Original en anglais.)


Des barres de sédiments émergent après le passage de la crue saisonnière dans le fleuve
L'écoulement dans le chenal nord qui arrive directement au Zambèze a déjà pris fin
chenal principal
chenal principal
chenal principal
chenal nord
Ile de Kasikili
chenal principal
chenal principal
chenal principal

N° 1.4

NOTE : La crue du Chobe au niveau de l'île de Kasikili est saisonnière. Il n'y a pas d'arrivée d'eau pendant la saison sèche. A cette période, l'eau est stagnante dans les chenaux nord et sud. Pendant la saison des pluies, au moment où l'eau commence à monter, les barres de sédiments situées dans le chenal principal sont recouvertes et l'écoulement a lieu sur toute la largeur du chenal principal. Après le passage de la crue annuelle, le niveau de l'eau baisse, les barres de sédiments émergent, l'écoulement s'arrête, et l'eau des chenaux nord et sud redevient stagnante.

Figure 18
Emplacement du chenal principal du Chobe au niveau de l'île de Kasikili

Photographie prise le 5 juin 1997

In short, Botswana states, there is

> "no independent evidence to support the existence of a 'channel', let alone a 'main' one across the Island in the terms of Article III of the Anglo-German Agreement of 1890".

37. The Court is of the opinion that the determination of the main channel must be made according to the low water baseline and not the floodline (see in this regard the practice referred to in paragraph 33 above). The evidence shows that when the river is in flood, the Island is submerged by flood water and the entire region takes on the appearance of an enormous lake. Since the two channels are then no longer distinguishable, it is not possible to determine the main channel in relation to the other channel. As for the channel described by Namibia as the main channel, the Court finds that the largest part of its bed remains dry for the greater part of the year. High sand bars which are among the highest points of the Island (927 metres above sea-level) are found there, but it must also be noted that it was in this bed that cultivation took place, according to the evidence of a 1943 aerial photograph submitted by both Parties. It is difficult to accept that this bed, generally dry, and which would occupy the south-western part of the Island, can be the bed of the main channel. The Court therefore is not persuaded by Namibia's argument concerning the existence of this major "main" channel whose visible southern channel would merely constitute the thalweg.

38. Namibia emphasizes the importance of the Chobe Ridge in the area in question as a "stable and clearly visible escarpment some 50 metres high"; it uses this as an argument for determining the main channel, by maintaining that the right bank of the southern channel, which follows the Chobe Ridge, has certain characteristics ("a steep, well-defined bank with a strip of riverine vegetation along it") that make it readily identifiable. The Court would observe that, even if one part of the right bank of this channel is easily identifiable from a distance, other parts of this bank are not, and neither is the left bank. The Court is therefore unable to conclude that, in terms of visibility — or of general physical appearance — the southern channel is to be preferred to the northern channel.

39. The Court turns now to the criteria put forward by Botswana concerning "bed profile configuration". The Court finds that the northern channel of the Chobe, around Kasikili/Sedudu Island, does not contain any of the meanders that are so typical of the secondary branches of watercourses. The southern channel, however, does show such meanders. Namibia indeed acknowledges the curved nature of the southern channel but, in light of the sediment deposition, draws contrary conclusions with regard to the importance of this channel. Having examined the arguments, maps and photographs put forward by the Parties, the Court is unable to conclude that, from its bed configuration, the southern channel constitutes the principal and natural prolongation of the course of the Chobe before the bifurcation.

En somme, le Botswana affirme qu'il n'existe

> «aucun élément de preuve indépendant étayant l'existence d'un «chenal» et encore moins d'un chenal «principal», selon les termes de l'article III de l'accord anglo-allemand de 1890, qui traverserait l'île»

37. La Cour est d'avis que, pour déterminer le chenal principal, elle doit tenir compte de la laisse des basses eaux, et non des lignes de crues (voir à cet égard la pratique déjà mentionnée au paragraphe 33 ci-dessus). Il ressort d'ailleurs du dossier que, en temps de crues, l'île est submergée par les inondations et toute la région prend l'apparence d'un lac immense. Les deux chenaux n'étant plus distinguables, il n'est pas possible de déterminer lequel de ces chenaux est le chenal principal. En ce qui concerne le chenal qualifié de principal par la Namibie, la Cour a constaté que la plus grande partie de son lit reste à sec pendant la majeure partie de l'année. On y trouve des hautes barres de sable qui sont parmi les points les plus élevés de l'île (927 mètres au-dessus du niveau de la mer), mais il est également à relever que des cultures y ont été pratiquées, d'après ce que montre une photographie aérienne de 1943 produite par les deux Parties. Il est difficile d'admettre que ce lit, généralement à sec, et qui occuperait la partie sud-ouest de l'île, puisse être le lit du chenal principal. La Cour n'est en conséquence pas convaincue par l'argumentation de la Namibie concernant l'existence de ce grand chenal «principal», dont le chenal sud visible ne serait que le thalweg.

38. La Namibie souligne l'importance, dans la zone en litige, de l'arête du Chobe comme «escarpement d'une cinquantaine de mètres de haut, stable, bien visible»; elle en tire argument pour déterminer le chenal principal en prétendant que la rive droite du chenal sud, qui suit l'arête du Chobe, présente certaines caractéristiques (pente raide, contours bien définis, bande de végétation riveraine) qui la rendent facilement reconnaissable. La Cour observera que, si une partie de la rive droite de ce chenal est bien reconnaissable à distance, d'autres secteurs de cette rive, de même que la rive gauche, ne le sont pas. La Cour ne peut donc en conclure que, du point de vue de la visibilité — ou physionomie générale —, le chenal sud l'emporte sur le chenal nord.

39. La Cour en arrive ensuite aux critères présentés par le Botswana et ayant trait à «la configuration du profil du lit du chenal». Elle constate que le chenal nord du Chobe, autour de l'île de Kasikili/Sedudu, ne contient pas de ces sinuosités si caractéristiques des bras secondaires des cours d'eau. Le chenal sud montre au contraire de telles sinuosités. Aussi bien le caractère sinueux du chenal sud est-il admis par la Namibie, mais pour en tirer des conclusions opposées quant à l'importance de ce chenal, compte tenu du dépôt des sédiments. Ayant examiné les arguments développés par les Parties, ainsi que les cartes et photographies qu'elles ont produites, la Cour ne peut en conclure que, par la configuration du profil de son lit, le chenal sud constituerait le prolongement principal et naturel du cours du Chobe avant la bifurcation.

40. The navigability of a watercourse is the combined result of its depth, its width and the volume of water it carries, taking account of natural obstacles such as waterfalls, rapids, shallow points, etc., along its course. The Parties to the dispute do not accord equal importance to navigability in the determination of the main channel of the Chobe. Botswana maintains that "in the period at which the [1890] Treaty was concluded . . . navigability and access to navigable waters were primary considerations in the minds of the negotiators". In Namibia's view, on the other hand, "it would be anomalous to apply a criterion of navigability to a river boundary that is non-navigable for most of its length"; Namibia attaches no less importance to the actual use of the southern channel of the Chobe around Kasikili/Sedudu Island for the purpose of navigation by tourist vessels.

The Court notes that the navigability of watercourses varies greatly, depending on prevailing natural conditions. Those conditions can prevent the use of the watercourse in question by large vessels carrying substantial cargoes, but permit light flat-bottomed vessels to navigate. In the present case, the data furnished by the Parties tend to prove that the navigability of the two channels around Kasikili/Sedudu Island is limited by their shallowness. This situation inclines the Court to the view that, in this respect, the "main channel" in this part of the Chobe is that of the two which offers more favourable conditions for navigation. In the Court's view, it is the northern channel which meets this criterion.

In 1947, Mr. W. Ker, the proprietor of the Zambezi Transport & Trading Company, sought permission to transport timber by barge via the northern channel of the Chobe from Serondella (upstream) to Katambora (downstream), the southern channel being unusable for that purpose (see paragraph 56 below). The Court has no information regarding the volume of timber carried, the duration of this undertaking or its success; nor has it been informed of other attempts which may have been made to utilize the Chobe for navigational purposes. This absence of data enables the Court to conclude that the economic importance of navigation, even in the northern channel, has remained slight. However, it follows from the Trollope-Redman correspondence of 1948 — which correspondence the Court will consider later (see paragraph 58 below) — that the northern channel of the Chobe was regarded as a "stretch of water . . . navigable and giv[ing] access to the higher reaches of the Chobe — [unlike] the southern channel". This correspondence also indicates that "the Southern Channel [was] not navigable by [timber] barges when the river [was] not in flood".

Moreover, the use of the southern channel by flat-bottomed tourist boats does not in itself prove that the latter offers more favourable conditions for navigation than the northern channel. In the view of the Court, the presence of these tourist boats in the southern channel is attributable to the spectacle of large wild animals and the wealth of fauna

40. La navigabilité d'un cours d'eau est la résultante tout à la fois de la profondeur de ce cours d'eau, de sa largeur et du volume de l'eau qui y est transportée, compte tenu des obstacles naturels tels que chutes d'eau, rapides, hauts-fonds, etc., qui marquent son cours. Les Parties au différend n'accordent pas la même importance à la navigabilité dans la détermination du chenal principal du Chobe. Le Botswana soutient «qu'au moment de la conclusion du traité [de 1890] la navigabilité et l'accès aux voies navigables représentaient, dans l'esprit des négociateurs, des considérations essentielles». En revanche, selon la Namibie, «il serait anormal d'appliquer le critère de la navigabilité à un cours d'eau frontalier qui n'est pas navigable sur la plus grande partie de son cours»; la Namibie n'en attache pas moins de l'importance à l'utilisation effective du chenal sud du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu aux fins de la navigation touristique.

La Cour relève que la navigabilité des cours d'eau présente une grande diversité selon les conditions naturelles qui prévalent. Ces conditions peuvent empêcher l'utilisation du cours d'eau en question par des navires à fort tonnage chargés de marchandises, mais permettre la circulation de bateaux légers à fond plat. En l'espèce, les données fournies par les Parties tendent à prouver que la navigabilité des deux chenaux autour de l'île de Kasikili/Sedudu est limitée par leur manque de profondeur. Cette situation incite la Cour à considérer que, de ce point de vue, le «chenal principal» dans cette région du Chobe est celui des deux qui offre les conditions les plus favorables à la navigation. De l'avis de la Cour, c'est le chenal nord qui répond à ce critère.

En 1947, M. W. Ker, propriétaire de la firme Zambezi Transport & Trading, demanda la permission de transporter du bois d'œuvre par barges de Serondella (en amont) à Katambora (en aval) par le chenal nord du Chobe, le chenal sud n'étant pas utilisable pour ce transport (voir paragraphe 56 ci-après). La Cour ne dispose pas de renseignements concernant le volume du bois transporté, la durée de l'entreprise ou sa réussite; elle n'a pas été davantage informée d'autres tentatives qui auraient été faites pour utiliser le Chobe à des fins de navigation. Cette absence d'informations permet à la Cour de conclure que l'importance économique de la navigation, même dans le chenal nord, est restée limitée. Toutefois, il ressort de la correspondance Trollope-Redman de 1948 — que la Cour examinera plus tard (voir paragraphe 58 ci-après) — que le chenal nord du Chobe a été considéré comme «un tronçon du cours d'eau ... navigable donn[ant] accès à des portions plus en amont du Chobe — [contrairement au] chenal sud». Il ressort aussi de cette correspondance que les barges de transport de bois d'œuvre ne pouvaient «transiter par le chenal sud lorsque le fleuve n'[était] pas en crue».

Par ailleurs, l'utilisation du chenal sud par des embarcations touristiques à fond plat ne prouve pas pour autant que celui-ci offrirait des conditions plus favorables à la navigation que le chenal nord. La Cour estime en effet que ce sont le spectacle des grands animaux sauvages et la richesse de la faune des rives du chenal sud qui expliquent la présence

on the banks of the southern channel. The economic importance of tourism in the southern channel does not alter its conditions of navigability. The Court cannot therefore regard the amount of tourist craft in the southern channel as a reason for modifying the conclusion that it has reached above.

41. For the foregoing reasons, the Court concludes that, in accordance with the ordinary meaning of the terms that appear in the pertinent provision of the 1890 Treaty, the northern channel of the River Chobe around Kasikili/Sedudu Island must be regarded as its main channel.

42. This conclusion is supported by the results of various on-site investigations, as recorded in the reports drawn up on those occasions. The Court will revert in greater detail to these reports when it considers their legal significance in the course of its examination of the conduct of the Parties subsequent to the 1890 Treaty (see paragraphs 52-70 below). At this stage it would nonetheless note the following points:

(1) in 1912, Captain H. E. Eason, of the Bechuanaland Police, travelled through the area in question and concluded as follows in his reconnaissance report:

> "Here [i.e., around Kissikiri (Kasikili) Island], I consider that undoubtedly the north should be claimed as the main channel. At the western end of the island the north channel at this period of the year is over one hundred feet wide and 8 feet deep, the south channel about forty feet wide and four feet deep. The south channel is merely a back water, what current there is goes round the North"

(2) a joint report drawn up on 19 January 1948 by Messrs. L. F. W. Trollope and N. V. Redman, respectively Magistrate of the Eastern Caprivi Strip and District Commissioner at Kasane (Bechuanaland), contains the following conclusions on this point:

> "We express the opinion that the 'main Channel' lies in the waterway which would include the island in question in the Bechuanaland Protectorate";

(3) the joint report drawn up on 15 July 1985 by a joint team of experts from South Africa and Botswana resulted in the following conclusion: "The main channel of the Chobe River now passes Sidudu/Kasikili Island to the west and to the north of it."

Thus, the three on-site surveys carried out at different times concluded that the main channel of the River Chobe was the northern channel.

*

43. The Court will now consider how and to what extent the object and purpose of the treaty can clarify the meaning to be given to its terms.

dans ce chenal de ces bateaux de tourisme. L'importance économique du tourisme dans le chenal sud ne change pas les conditions de sa navigabilité. La Cour ne saurait donc voir dans le nombre des bateaux de tourisme circulant dans le chenal sud une raison de modifier la conclusion à laquelle elle est parvenue ci-dessus.

41. Pour les motifs qui précèdent, la Cour conclut que le chenal nord du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu doit être considéré comme son chenal principal suivant le sens ordinaire des termes figurant dans la disposition pertinente du traité de 1890.

42. Cette conclusion est étayée par les résultats des divers examens faits sur place, tels que consignés dans les rapports rédigés à ces occasions. La Cour reviendra plus en détail sur ces rapports lorsqu'elle s'interrogera sur leur portée juridique dans le cadre de son analyse de la conduite ultérieure des parties au traité de 1890 (voir paragraphes 52-70 ci-après). Elle notera toutefois dès maintenant les éléments qui suivent:

1) en 1912, le capitaine H. E. Eason, de la police du Bechuanaland, a traversé la région en question et a conclu dans son rapport de reconnaissance:

> «Là [c'est-à-dire autour de l'île de Kissikiri (Kasikili)] j'estime que c'est sans aucun doute le chenal nord qui doit être considéré comme le chenal principal. A l'extrémité occidentale de l'île, en cette période de l'année, le chenal nord est large de plus de 100 pieds [30,50 mètres] et sa profondeur est de 8 pieds [2,40 mètres], et le chenal sud a une largeur d'environ 40 pieds [12,20 mètres] et une profondeur de 4 pieds [1,20 mètre]. Ce chenal sud est principalement un bras mort et, s'il y a du courant, celui-ci s'écoule vers le nord»;

2) un rapport conjoint rédigé le 19 janvier 1948 par MM. L. F. W. Trollope et N. V. Redman, respectivement magistrat de la partie orientale de la bande de Caprivi et commissaire de district de Kasane (Bechuanaland), contient sur ce point les conclusions suivantes:

> «Nous sommes également d'avis que le «chenal principal» se trouve au niveau de la voie d'eau qui inclurait l'île [de Kasikili] en question dans le protectorat du Bechuanaland»;

3) quant au rapport conjoint établi le 15 juillet 1985 par une commission mixte d'experts de l'Afrique du Sud et du Botswana, il a donné lieu à la conclusion ci-après: «Le chenal principal du fleuve Chobe contourne maintenant l'île de Sidudu/Kasikili en ses points ouest et nord.»

Ainsi, les trois examens effectués sur le site à différentes époques ont conduit à la conclusion que le chenal principal du Chobe était le chenal nord.

*

43. La Cour recherchera maintenant comment et dans quelle mesure l'objet et le but du traité peuvent clarifier le sens à attribuer à ses termes.

While the treaty in question is not a boundary treaty proper but a treaty delimiting spheres of influence, the Parties nonetheless accept it as the treaty determining the boundary between their territories. The major concern of each contracting party was to protect its sphere of influence against any intervention by the other party and to obviate any risk of future disputes. Article VII of the 1890 Treaty is worded as follows:

> "The two Powers engage that neither will interfere with any sphere of influence assigned to the other by Articles I to IV. One Power will not in the sphere of the other make acquisitions, conclude Treaties, accept sovereign rights or Protectorates, nor hinder the extension of influence of the other.
>
> It is understood that no Companies nor individuals subject to one Power can exercise sovereign rights in a sphere assigned to the other, except with the assent of the latter."

The contracting powers, by opting for the words "centre of the main channel", intended to establish a boundary separating their spheres of influence even in the case of a river having more than one channel. They possessed only rudimentary information about the Chobe's channels. If they knew that such channels existed, their number, features, navigability, etc., and their relative importance remained unknown to them. This situation explains the method adopted to define the southern boundary of the Caprivi Strip.

The Court stated in the *Temple of Preah Vihear (Merits)* case:

> "There are boundary treaties which do no more than refer to a watershed line, or to a crest line, and which make no provision for any delimitation in addition." (*I.C.J. Reports 1962*, p. 34.)

In that Judgment the Court added that this was "an obvious and convenient way of describing a frontier line objectively, though in general terms" (*ibid.*, p. 35). In the present case, the contracting parties employed a similar approach.

44. The Court notes that navigation appears to have been a factor in the choice of the contracting powers in delimiting their spheres of influence. The great rivers of Africa traditionally offered the colonial powers a highway penetrating deep into the African continent. It was to gain access to the Zambezi that Germany sought "a strip of territory which shall at no point be less than 20 English miles in width" — terms which were eventually included in the provisions of Article III, paragraph 2, of the Treaty. Admittedly, this strip of territory did provide access to the Zambezi, but its southern boundary was formed by the Chobe River, which was apparently assumed to be navigable, as suggested by the use of

Il s'agit en l'espèce non d'un traité délimitant des frontières à proprement parler mais d'un traité délimitant des sphères d'influence, que les Parties acceptent néanmoins comme le traité déterminant la frontière entre leurs territoires. Le principal souci de chaque partie contractante était de protéger la sphère soumise à son influence contre toute intervention de l'autre et d'exclure tout risque de différends futurs. L'article VII du traité de 1890 est ainsi libellé:

> «Les deux puissances s'engagent à ne pas intervenir dans une sphère d'influence attribuée à l'autre puissance en vertu des articles I à IV. Chaque puissance s'interdit, à l'intérieur de la sphère d'influence de l'autre puissance, de procéder à des acquisitions, de conclure des traités, d'accepter des droits souverains ou des protectorats ou de contrarier l'expansion de l'influence de l'autre puissance.
>
> Il est entendu qu'aucune personne physique ou morale de l'une ou de l'autre puissance ne peut exercer de droits souverains dans une sphère attribuée à l'autre puissance, sans le consentement de cette dernière.»

Les puissances contractantes, en choisissant les termes «centre du chenal principal», avaient l'intention d'établir une frontière séparant leurs sphères d'influence même dans le cas d'un cours d'eau ayant plusieurs chenaux. Sur les chenaux du Chobe, elles ne possédaient que des informations rudimentaires. Si elles savaient que de tels chenaux existaient, en revanche leur nombre, leurs particularités, leur navigabilité, etc., et leur importance relative demeuraient pour elles inconnus. Cette situation explique la méthode choisie pour définir la frontière méridionale de la bande de Caprivi.

La Cour a déclaré dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar (fond)*:

> «Il existe des traités définissant des frontières qui se bornent à se référer à la ligne de partage des eaux ou à la ligne de crête, sans prévoir en outre une délimitation.» (*C.I.J. Recueil 1962*, p. 34.)

Elle a ajouté dans son arrêt que c'est «une façon évidente et commode de décrire la frontière objectivement quoique en termes généraux» (*ibid.*, p. 35). En l'occurrence, les parties contractantes ont adopté une approche similaire.

44. La Cour observe que la navigation semble avoir été un élément qui a orienté le choix des puissances contractantes lorsqu'elles ont procédé à la délimitation de leurs sphères d'influence. En effet, les grands fleuves de l'Afrique ont traditionnellement offert aux puissances colonisatrices des voies de pénétration à l'intérieur du continent africain. C'est pour avoir un accès au Zambèze que l'Allemagne a exigé «une bande de territoire dont la largeur ne pourra[it] être inférieure à 20 miles anglais» — termes qui furent finalement repris dans les dispositions du paragraphe 2 de l'article III du traité. Cette bande de territoire permet certes d'accéder au Zambèze, mais elle a comme frontière méridionale le Chobe, qui était

the word "thalweg" in the text of the German version of the Treaty. The difficulties of the land route owing to regular flooding, and the obstacles to navigation on the Chobe, were, in all probability, little known at the time.

45. The fact that the words "centre of the main channel" were included in the draft Treaty on the initiative of the British Government suggests that Great Britain no less than Germany sought to have access to the Zambezi. In order to mark the separation of their spheres of influence, the contracting parties chose "the centre of the main channel" of the Chobe, thus ensuring that there was a well-defined, recognizable boundary, in a watercourse that was assumed to be navigable. There are grounds for thinking that one of the reasons underlying their decision was navigation, but the Court does not consider that navigation was the sole objective of the provisions of Article III, paragraph 2, of the Treaty. In referring to the main channel of the Chobe, the parties sought both to secure for themselves freedom of navigation on the river and to delimit as precisely as possible their respective spheres of influence.

* *

46. The *travaux préparatoires* of the Treaty concerning south-west Africa and the Caprivi Strip in particular support this reasoning.

Initial attempts to record the parties' agreement described the boundary simply as following the course of the Chobe, without reference to any channel. Article II of the provisional agreement initialled by Lord Salisbury and Count Hatzfeldt on 17 June 1890 stipulated:

> "The frontier between the German territory and the English territory in the south-west of Africa shall follow, from the point which has been agreed upon in previous arrangements, the 22nd degree of south latitude (leaving Lake Ngami to England), to the east up to the 21st degree of longitude; from thence to the north to where that degree touches the 18th degree of south latitude. Thence, the line of demarcation shall be carried to the east along the centre of the River Tschobi, up to the point where it flows into the Zambesi."

The text subsequently prepared by the British and German negotiators, and transmitted to the British Foreign Office on 21 June 1890, as "a draft of the Articles of Agreement" was worded:

> "[The boundary] runs eastward along that parallel till it reaches the River Chobe, and descends the centre of that river to its junction with the Zambesi, where it terminates. It is understood that, under this arrangement, Germany shall have free access from her Protectorate to the Zambesi by the Chobe."

On 25 June 1890, the British side proposed the following wording: "In

apparemment supposé être navigable comme le suggère l'utilisation du terme «thalweg» dans le texte allemand du traité. Les difficultés que posait la voie terrestre à cause des inondations régulières, ainsi que les obstacles à la navigation sur le Chobe, étaient, selon toute probabilité, mal connus à l'époque.

45. Le fait que les termes «centre du chenal principal» ont été inclus dans le projet de traité à l'initiative du Gouvernement britannique laisse supposer que la Grande-Bretagne entendait tout autant que l'Allemagne avoir un accès au Zambèze. Les parties contractantes, pour séparer leurs sphères d'influence, ont choisi «le centre du chenal principal» du Chobe, assurant ainsi une frontière sûre et reconnaissable à distance dans une voie d'eau supposée navigable. Il est permis de penser que la navigation a été l'un des motifs à la base de leur décision, mais la Cour ne considère pas qu'elle ait été le seul but des dispositions du paragraphe 2 de l'article III du traité. En se référant au chenal principal du Chobe, les parties entendaient à la fois s'assurer la libre navigation sur ce fleuve et procéder à une délimitation aussi précise que possible de leurs sphères d'influence respectives.

* *

46. Les travaux préparatoires du traité concernant le sud-ouest de l'Afrique et notamment la bande de Caprivi appuient ce raisonnement.

Les premiers essais ayant pour objet de rendre compte de l'accord des parties décrivaient simplement la frontière comme suivant le cours du Chobe, sans référence à aucun chenal. L'accord provisoire paraphé le 17 juin 1890 par lord Salisbury et le comte Hatzfeldt stipulait à son article II:

> «La frontière entre le territoire allemand et le territoire anglais du sud-ouest de l'Afrique suivra, à partir du point qui a été convenu dans des arrangements antérieurs, le 22ᵉ degré de latitude sud (en laissant le lac Ngami à l'Angleterre) à l'est jusqu'au 21ᵉ degré de longitude, allant de là au nord où ce degré touche le 18ᵉ degré de latitude sud. De là, la ligne de démarcation se portera à l'est, longeant le centre du fleuve Tschobi jusqu'à son confluent avec le Zambèze.»

Le texte établi ensuite par les négociateurs britanniques et allemands et transmis au Foreign Office le 21 juin 1890 sous forme de projet d'accord se lisait ainsi:

> «[La frontière] longe ce parallèle vers l'est jusqu'au Chobe et suit le centre de ce fleuve jusqu'à son confluent avec le Zambèze, où elle s'arrête. Il est entendu qu'en vertu du présent arrangement l'Allemagne aura libre accès de son protectorat au Zambèze par le Chobe.»

Le 25 juin 1890, la partie britannique proposa ce qui suit: «A l'article

paragraph 2 of Article III, after the words 'the River Chobe, and descends the centre of', the words 'the main channel of' should be inserted."

The proposal was accepted by the German side and translated as "*in der Thal-Linie des Hauptlaufes dieses Flusses*". In the end the word *Thal-Linie* was replaced by the word *Thalweg*. The German text is therefore a word-for-word translation of the British proposal and follows the English text. Therefore, it may reasonably be supposed that these terms are synonymous and that the English text, like the German text, correctly and accurately expresses the will of the contracting parties.

* *

47. In the course of the proceedings, Botswana and Namibia made abundant reference to the subsequent practice of the parties to the 1890 Treaty — and of their successors — as an element in the interpretation of that Treaty.

48. Article 31, paragraph 3, of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, which, as stated earlier, reflects customary law (see paragraph 18 above), provides as follows:

> "*Article 31*
>
> *General Rule of Interpretation*
>
> . . . .
>
> 3. There shall be taken into account, together with the context:
>
> *(a)* any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;
>
> *(b)* any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;
>
> . . . ."

49. In relation to "subsequent agreement" as referred to in subparagraph *(a)* of this provision, the International Law Commission, in its commentary on what was then Article 27 of the draft Convention, stated the following:

> "an agreement as to the interpretation of a provision reached after the conclusion of the treaty represents an authentic interpretation by the parties which must be read into the treaty for purposes of its interpretation" (*Yearbook of the International Law Commission*, 1966, Vol. II, p. 221, para. 14).

As regards the "subsequent practice" referred to in subparagraph *(b)* of the above provision, the Commission, in that same commentary, indicated its particular importance in the following terms:

> "The importance of such subsequent practice in the application of the treaty, as an element of interpretation, is obvious; for it constitutes objective evidence of the understanding of the parties as to the

III, paragraphe 2, après les mots «Chobe et suit le centre», il faut ajouter les mots «du chenal principal».»

La proposition fut acceptée par la partie allemande et traduite par: *«in der Thal-Linie des Hauptlaufes dieses Flusses»*. Finalement, le mot *Thal-Linie* fut remplacé par le mot *Thalweg*. Le texte allemand est donc une traduction littérale de la proposition britannique et suit le texte anglais. On peut donc à juste titre supposer que ces termes sont synonymes et que le texte anglais, comme le texte allemand, expriment correctement et précisément la volonté des parties contractantes.

* *

47. Dans l'instance, le Botswana et la Namibie se sont abondamment référés à la conduite ultérieure des parties au traité de 1890 — ainsi qu'à celle de leurs successeurs — en tant qu'élément d'interprétation de celui-ci.

48. Le paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, qui, comme il a déjà été indiqué, reflète le droit coutumier (voir paragraphe 18 ci-dessus), est ainsi libellé:

> *«Article 31*
>
> *Règle générale d'interprétation*
>
> . . . .
>
> 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte:
>
> *a)* de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions;
>
> *b)* de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité;
>
> . . . .»

49. S'agissant de l'«accord ultérieur» visé à l'alinéa *a)* de cette disposition, la Commission du droit international, dans son commentaire sur ce qui était alors l'article 27 du projet de convention, a indiqué ce qui suit:

> «un accord sur l'interprétation d'une disposition réalisé après la conclusion du traité constitue une interprétation authentique des parties, qui doit être réputée incorporée au traité aux fins de son interprétation» (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 241, par. 14).

Quant à la «pratique ultérieurement suivie», dont il est question à l'alinéa *b)* de ladite disposition, la Commission, dans le même commentaire, en a souligné toute l'importance en ces termes:

> «L'importance, en tant qu'élément d'interprétation, de cette pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité est manifeste car elle constitue une preuve objective de l'accord des parties sur le

> meaning of the treaty. Recourse to it as a means of interpretation is well-established in the jurisprudence of international tribunals." (*Op. cit.*, p. 241, para. 15.)

50. Indeed in the past, when called upon to interpret the provisions of a treaty, the Court has itself frequently examined the subsequent practice of the parties in the application of that treaty (see, for example, *Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 25; *Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906, Judgment, I.C.J. Reports 1960*, pp. 206-207; *Temple of Preah Vihear, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1962*, pp. 33-35; *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1962*, pp. 157, 160-161 and 172-175; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, pp. 408-413, paras. 36-47; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, I.C.J. Reports 1994*, pp. 34-37, paras. 66-71; *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996 (I)*, p. 75, para. 19).

51. While the Parties to the present proceedings both accept that interpretative agreements and subsequent practice do constitute elements of treaty interpretation under international law, they disagree on the consequences to be drawn from the facts in this case for purposes of the interpretation of the 1890 Treaty.

*

52. In support of its interpretation of Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty, Botswana relies principally on three sets of documents: a report on a reconnaissance of the Chobe produced in August 1912 by an officer of the Bechuanaland Protectorate Police, Captain Eason; an arrangement arrived at in August 1951 between Major Trollope, Magistrate for the Eastern Caprivi, and Mr. Dickinson, a District Commissioner in the Bechuanaland Protectorate, together with the correspondence that preceded and followed that arrangement; and an agreement concluded in December 1984 between the authorities of Botswana and South Africa for the conduct of a Joint Survey of the Chobe, together with the resultant Survey Report.

The Court will examine each of these three sets of documents in turn, in order to determine what conclusions may be drawn from them in the light of the rules set out in Article 31, paragraph 3, of the Vienna Convention.

53. About the year 1910, negotiations took place between Germany and Great Britain concerning the boundary between their respective possessions in the area of the Caprivi Strip west of the intersection of the 18th parallel with the River Chobe, and arbitration of the matter was considered.

> sens du traité. Le recours à cette pratique en tant que moyen d'interprétation est solidement établi dans la jurisprudence des tribunaux internationaux.» (*Op. cit.*, p. 241, par. 15.)

50. De fait, la Cour elle-même, par le passé, lorsqu'elle a été amenée à interpréter les dispositions d'un traité, a fréquemment examiné la pratique ultérieurement suivie par les parties dans l'application de ce traité (voir par exemple *Détroit de Corfou, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 25; *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906, arrêt, C.I.J. Recueil 1960*, p. 206-207; *Temple de Préah Vihéar, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 33-35; *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2, de la Charte), avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962*, p. 157, 160-161 et 172-175; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 408-413, par. 36-47; *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad), arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 34-37, par. 66-71; *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un Etat dans un conflit armé, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996 (I)*, p. 75, par. 19).

51. Si les Parties à la présente affaire conviennent que les accords interprétatifs et la pratique ultérieure constituent des éléments d'interprétation d'un traité en vertu du droit international, en revanche elles s'opposent sur les conséquences qu'il y a lieu de tirer des faits de l'espèce quant à l'interprétation du traité de 1890.

*

52. Aux fins d'étayer l'interprétation qu'il donne du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890, le Botswana invoque principalement trois séries de documents: un rapport de reconnaissance du Chobe établi en août 1912 par un officier de police du protectorat du Bechuanaland, le capitaine Eason; un arrangement intervenu en août 1951 entre un magistrat de la partie orientale de la bande de Caprivi, le major Trollope, et un commissaire de district du protectorat du Bechuanaland, M. Dickinson, ainsi que les échanges de correspondance ayant précédé et suivi cet arrangement; et un accord conclu en décembre 1984 entre les autorités du Botswana et celles de l'Afrique du Sud à l'effet de charger une commission mixte d'effectuer un levé commun sur le Chobe, ainsi que le rapport de cette commission.

La Cour examinera successivement ces trois séries de documents, aux fins de déterminer quelles conclusions peuvent en être tirées au regard des règles exprimées au paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne.

53. Vers 1910, des négociations furent engagées entre l'Allemagne et la Grande-Bretagne au sujet de la frontière entre leurs possessions respectives dans la région de la bande de Caprivi à l'ouest de l'intersection entre le 18^e parallèle et le Chobe, et il fut considéré de soumettre cette question à l'arbitrage.

Anticipating a possible extension of the discussions to include the boundary east of that point, the British Secretary of State for the Colonies, in a letter dated 14 July 1911 to the High Commissioner responsible for Bechuanaland, expressed himself in the following terms:

> "I take this opportunity of observing that in the second clause of Article III of the Anglo-German Agreement of 1890 it is stated that the boundary 'descends the centre of the *main* channel of that river (*i.e.*, the River Chobe) to its junction with the Zambesi'. As, in this section of its course, the River Chobe divides into more than one channel which afterwards reunite, the question as to which is the main channel will require consideration. I have to request . . . that I may receive all available information from local sources in support of the view that the north channel is the main channel. Such information should be accompanied by a map and, if possible, by measurements of the streams, and should be in a form which can, if necessary, be laid before the arbitrator as part of the case of His Majesty's Government."

This was the context in which Captain Eason was instructed to prepare a "Report on the main channel of the Linyanti (or Chobe) river". That Report, which bears the date 5 August 1912, contains, *inter alia*, the following passage:

> "Two miles above the rapids lies Kissikiri Island. [H]ere I consider that undoubtedly the North should be claimed as the main channel. At the Western end of the island the North channel at this period of the year is over one hundred feet wide and eight feet deep, the South channel about forty feet wide and four feet deep. The South channel is merely a back water, what current there is goes round the North. The natives living at Kasika in German territory are at present growing crops on it."

It is not disputed that Kissikiri Island is the island later known as Kasikili/Sedudu.

54. In its Memorial, Botswana claimed that the Eason Report represented practice in the application of the 1890 Treaty. Namibia disputed this, pointing out *inter alia* that Great Britain had not made any claim on this basis, even though its exchanges with Germany concerning the rest of the southern boundary continued until the outbreak of the First World War. However, in the final version of its argument, Botswana, while continuing to rely on the Eason Report for other purposes, accepted that it could not be regarded as evidence of subsequent practice relating to the application of the 1890 Treaty.

55. The Court shares the view that the Eason Report and its surround-

Envisageant l'éventualité que les discussions fussent étendues à la frontière à l'est de ce point, le secrétaire d'Etat britannique aux colonies, dans une lettre en date du 14 janvier 1911, adressée au haut commissaire responsable du Bechuanaland, s'exprimait ainsi :

> « Je saisis cette occasion pour faire observer que, dans la deuxième clause de l'article III de l'accord de 1890 entre l'Angleterre et l'Allemagne, il est précisé que la frontière « suit le centre du chenal *principal* de ce fleuve (le Chobe) jusqu'à son confluent avec le Zambèze ». Comme, dans cette partie de son cours, le Chobe se divise en plusieurs chenaux qui se réunissent ensuite, il convient d'examiner aussi quel est le chenal principal ... je demanderai que me soient communiquées toutes les informations disponibles de sources locales qui pourraient appuyer les vues selon lesquelles le chenal nord est le chenal principal. Ces informations devraient être accompagnées d'une carte et, si possible, de mesures des cours d'eau, et devraient se présenter sous une forme qui, au besoin, puisse être soumise à l'arbitre parmi les pièces présentées par le gouvernement de Sa Majesté. »

C'est dans ce contexte que le capitaine Eason fut chargé d'établir un « rapport concernant le chenal principal du Linyanti (ou Chobe) ». Dans ce rapport, qui porte la date du 5 août 1912, on lit notamment ce qui suit :

> « A 2 miles [3,20 kilomètres] en amont des rapides, on trouve l'île de Kissikiri. Là, j'estime que c'est sans aucun doute le chenal nord qui doit être considéré comme le chenal principal. A l'extrémité occidentale de l'île, en cette période de l'année, le chenal nord est large de plus de 100 pieds [30,50 mètres] et sa profondeur est de 8 pieds [2,40 mètres], et le chenal sud a une largeur d'environ 40 pieds [12,20 mètres] et une profondeur de 4 pieds [1,20 mètre]. Ce chenal sud est principalement un bras mort et, s'il y a du courant, celui-ci s'écoule vers le nord. Les autochtones qui vivent à Kasika, en territoire allemand, y pratiquent actuellement la culture. »

Il n'est pas contesté que l'île de Kissikiri est l'île dénommée plus tard Kasikili/Sedudu.

54. Dans son mémoire, le Botswana a allégué que le rapport Eason était constitutif d'une pratique relative à l'application du traité de 1890. La Namibie l'a contesté en faisant notamment valoir que la Grande-Bretagne n'avait formulé aucune revendication sur cette base, alors que ses échanges de correspondance avec l'Allemagne au sujet du reste de la frontière méridionale s'étaient poursuivis jusqu'à ce qu'éclate la première guerre mondiale. Toutefois, dans le dernier état de son argumentation, le Botswana, qui n'a pas pour autant renoncé à se prévaloir du rapport Eason à d'autres fins, a reconnu que ce rapport ne pourrait être pris en considération au titre d'une pratique ultérieure concernant l'application du traité de 1890.

55. La Cour est, elle aussi, d'avis que le rapport Eason et les circons-

ing circumstances cannot be regarded as representing "subsequent practice in the application of the treaty" of 1890, within the meaning of Article 31, paragraph 3 *(b)*, of the Vienna Convention. It notes that the Report appears never to have been made known to Germany and to have remained at all times an internal document. The Court observes, moreover, that the British Government itself never took the Report any further, whether immediately afterwards (the anticipated arbitration not having taken place) or later on (for example when the Caprivi Strip was occupied by British troops during the First World War, or when it was administered by the British authorities on behalf of South Africa between 1921 and 1929).

56. In 1947, Mr. Ker, who was operating a transport business in Bechuanaland, planned to bring timber down the Chobe using the northern channel. He obtained the necessary permission from the competent official in the Caprivi Strip, Major Trollope, but also raised the matter with the Bechuanaland authorities. Correspondence then ensued between Major Trollope and the Assistant District Commissioner at Maun (Bechuanaland), Mr. Redman. In a letter dated 18 December 1947, Mr. Redman wrote to Major Trollope as follows:

> "1. I have the honour to inform you that I have received a letter from the Zambesi Transport & Trading Company stating that they wish to recommence the transport of timber by river from Serondella but they have been informed by you that the channel between Kasane and Serondella which they intend to use, is in the Caprivi Strip.
>
> 2. At low water I understand that this channel is the only water connection between Kasane and Serondella and I suggest that if this channel does happen to run into the Caprivi Strip from the Chobe river along which our boundary runs it will be in both our interests and a matter of convenience if we can come to an arbitrary agreement that half this channel is included in this Territory for the purpose of the transport of the timber by the Zambesi Transport & Trading Company.
>
> 3. If however the channel referred to is part of the Chobe river and not a branch off from it then it seems probable that the actual boundary is formed by the deep water channel in the river, which would mean that they would not be entering your Territory.
>
> 4. I would be glad to have your views on this matter."

In his reply of 3 January 1948 Major Trollope informed Mr. Redman that he was prepared to renew indefinitely the permission originally given to Mr. Ker for a period of six months; and he added:

> "4. In regard to the larger question raised by you (i.e. as to whether the stretch of water in question is actually within the East-

tances qui l'entourent ne sauraient être considérés comme constitutifs d'une «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité» de 1890, au sens de l'alinéa *b)* du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne. Elle relève en effet que ledit rapport semble n'avoir jamais été communiqué à l'Allemagne et avoir toujours conservé un caractère interne. Par ailleurs, la Cour observe que le Gouvernement britannique lui-même n'a jamais donné de suite à ce rapport, ni après son établissement (l'arbitrage envisagé n'ayant pas eu lieu), ni ultérieurement (par exemple lors de l'occupation de la bande de Caprivi par des troupes britanniques pendant la première guerre mondiale ou alors que ce territoire était administré par les autorités britanniques au nom de l'Afrique du Sud entre 1921 et 1929).

56. En 1947, un entrepreneur de transport du Bechuanaland, M. Ker, se proposa de faire descendre du bois d'œuvre par le Chobe en empruntant le chenal nord. Il obtint l'autorisation nécessaire de l'administrateur compétent dans la bande de Caprivi, le major Trollope, mais saisit également les autorités du Bechuanaland. Une correspondance s'ensuivit entre le major Trollope et le commissaire adjoint de district à Maun (Bechuanaland), M. Redman. Par lettre du 18 décembre 1947, M. Redman s'adressa au major Trollope en ces termes:

> «1. J'ai l'honneur de vous informer que j'ai reçu de la Zambezi Transport & Trading Company une lettre dans laquelle elle exprime son souhait de reprendre le transport de bois d'œuvre par voie fluviale à partir de Serondella, mais indique que vous lui avez précisé que le chenal entre Kasane et Serondella — chenal que la compagnie a l'intention d'utiliser — était situé dans la bande de Caprivi.
>
> 2. Je crois savoir qu'en période de basses eaux, ce chenal est le seul lien fluvial entre Kasane et Serondella. Je suggère donc que, s'il est prouvé que ce chenal débouche dans la bande de Caprivi à partir du Chobe — le long duquel se trouve notre frontière —, il serait bon — à la fois dans notre intérêt à tous et pour des considérations d'ordre pratique — de convenir arbitrairement que la moitié de ce chenal sera incluse dans ce territoire pour les besoins de la Zambezi Transport & Trading Company du Zambèze en matière de transport de bois d'œuvre.
>
> 3. Toutefois, si le chenal dont il est question fait partie intégrante du Chobe et n'en est pas un simple bras, alors il semble probable que la véritable frontière soit formée par le chenal d'eau profonde — ce qui signifierait que la compagnie ne pénétrerait pas dans votre territoire.
>
> 4. J'aimerais avoir votre avis sur la question.»

Par lettre du 3 janvier 1948, le major Trollope répondit à M. Redman qu'il était prêt à proroger indéfiniment l'autorisation originellement donnée à M. Ker pour six mois; et il ajouta:

> «4. Au sujet de la question plus générale que vous avez soulevée (celle de savoir si le tronçon du cours d'eau considéré est effective-

> ern Caprivi Zipfel, — or whether it in fact forms the boundary). I freely admit that the matter is not without difficulty. I further agree that it *is* a matter affecting our two administrations and is not merely a matter between this office and Mr. Ker.
>
> 5. I suggest, in this connection, that I and your Assistant at Kasane, should hold a joint informal investigation thereafter submitting reports (joint if we are able to reach unanimity) to our respective administrations in order to resolve the matter finally and officially."

57. On 19 January 1948, Major Trollope and Mr. Redman (at the time District Commissioner at Kasane, Bechuanaland) produced a Joint Report entitled "Boundary between the Bechuanaland Protectorate and the Eastern Caprivi Zipfel: Kasikili Island", in which, after citing the provisions of Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty, they stated the following:

> "3. We find after separate examination of the terrain and the examination of an aerial photograph that the 'main Channel' does not follow the waterway which is usually shown on maps as the boundary between the two Territories.
>
> 4. We express the opinion that the 'main Channel' lies in the waterway which would include the island in question in the Bechuanaland Protectorate.
>
> 5. On the other hand we are satisfied, after enquiry that since at least 1907, use has been made of the Island by Eastern Caprivi Zipfel tribesmen and that that position still continues.
>
> 6. We know of no evidence of the Island having been made use of, or claimed, by Bechuanaland Tribesmen or Authorities or of any objection to the use thereof by Caprivi Tribesmen being made.
>
> 7. We record, however, the fact that the country on the Bechuanaland side of the boundary is for all practical purposes not tribally occupied by Africans.
>
> 8. We record the foregoing as facts particularly recording that we have neither arrived at, nor expressed any joint opinion on the effect of these facts on the ownership of the Island."

58. Major Trollope sent a copy of the Report to the Secretary of Native Affairs at Pretoria under cover of a letter of 21 January 1948, in which he stated *inter alia* the following:

> "[T]he terms of the Treaty are very definitive and, as I have already pointed out, favour the Bechuanaland contention. It is not without point, however, that we are — by occupation — in the position of the possessor and the onus would appear to lie on the Protectorate to prove their case in order to disturb our possession."

> ment situé dans la partie orientale de la bande de Caprivi — ou si, en fait, il constitue la frontière), je reconnais volontiers qu'elle ne laisse pas de poser des difficultés. Je reconnais en outre qu'il s'agit là d'une question qui intéresse nos deux administrations et que ce n'est pas simplement une affaire entre mes services et M. Ker.
>
> 5. A ce sujet, je propose que moi-même et votre assistant à Kasane examinions officieusement la question et soumettions ensuite des rapports (en commun si nous pouvons nous mettre pleinement d'accord) à nos administrations respectives pour que la question soit réglée de manière définitive et officielle.»

57. Le 19 janvier 1948, le major Trollope et M. Redman (alors commissaire de district à Kasane, Bechuanaland) établirent un rapport conjoint intitulé «Frontière entre le protectorat du Bechuanaland et la partie orientale de la bande de Caprivi: île de Kasikili». S'étant référés aux termes du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890, les deux administrateurs, dans ce rapport, s'exprimèrent comme suit:

> «3. Après reconnaissance séparée du terrain et examen d'une photographie aérienne, nous constatons que le «chenal principal» ne suit pas la voie navigable qui est généralement indiquée sur les cartes comme constituant la frontière entre les deux territoires.
>
> 4. Notre opinion est que le «chenal principal» se situe dans la voie d'eau qui engloberait l'île en question dans le protectorat du Bechuanaland.
>
> 5. D'autre part, après enquête, nous avons établi que, depuis 1907 au moins, l'île est utilisée par les membres des tribus de la partie orientale de la bande de Caprivi et que c'est encore le cas aujourd'hui.
>
> 6. Rien n'indique, à notre connaissance, que l'île ait été utilisée, ou revendiquée, par des membres des tribus ou les autorités du Bechuanaland, ou qu'il ait été fait objection à l'utilisation de cette île par les membres des tribus du Caprivi.
>
> 7. Cependant, nous constatons que la région située du côté de la frontière qui appartient au Bechuanaland n'est, à aucune fin pratique, occupée par des tribus africaines.
>
> 8. Nous consignons les faits ci-dessus en soulignant tout particulièrement que nous n'avons ni formé, ni exprimé la moindre opinion commune quant aux incidences de ces faits sur la propriété de l'île.»

58. Par lettre du 21 janvier 1948, le major Trollope transmit copie du rapport au secrétaire d'Etat aux affaires autochtones à Pretoria. Dans cette lettre, le magistrat de la bande de Caprivi indiquait notamment ceci:

> «le traité est libellé très clairement et, comme je l'ai déjà fait observer, d'une manière qui favorise les prétentions du Bechuanaland. Il n'est cependant pas inutile de dire que, par notre occupation, nous sommes en situation de possesseurs et que c'est, semble-t-il, au protectorat qu'il appartiendrait de prouver le bien-fondé de sa demande s'il voulait nous empêcher de poursuivre notre occupation»;

He proposed various solutions, after first pointing out that "[t]he Bechuanaland authorities are anxious to have the northern channel recognised as the boundary because that stretch of water is navigable and gives access to the higher reaches of the Chobe — which is not the case in respect of the southern channel".

For his part, Mr. Redman forwarded a copy of the Joint Report to the Government Secretary at Mafeking, under cover of a letter of 26 January 1948, in which he stated *inter alia* that: "the Southern Channel [was] not navigable by [Mr. Ker's] Barges when the river [was] not in flood" and that it was "even difficult for small craft to navigate it"; that "the map, which show[ed] the boundary to follow the Southern Channel, [was] . . . inaccurate and [had] probably [been] drawn by some-one who had not examined the river to determine the main Channel"; that according to "further information from an inhabitant of the Island . . . in 1924 a Caprivi Chief . . . [had] applied to . . . the Resident Magistrate at Kasane, for permission for his people to plough on the Island"; and that "surrender of this Island would prevent this Territory from having free use of the Chobe River, which [might] one day become an extremely important waterway".

59. After Major Trollope and Mr. Redman forwarded the Joint Report of 19 January 1948 to their respective authorities, there ensued an extended correspondence between those authorities.

On 14 October 1948 the Secretary to the South African Prime Minister with responsibility for External Affairs wrote to the Administrative Secretary to the High Commissioner for Bechuanaland in Pretoria, stating that, while he noted the findings of the Trollope-Redman Report with regard to the identification of the "main channel" around Kasikili Island, he wished to propose an arrangement in the following terms:

> "The Union Government is anxious to preserve the rights of the Caprivi Zipfel tribesmen on the Island and it is understood that the Bechuanaland authorities desire the use of the Northern channel for navigation purposes. As there would appear to be no conflict of interests it should be possible to come to an arrangement which is mutually satisfactory. Your views in the matter would be appreciated."

The Administrative Secretary replied on 4 November 1948 that

> "the Resident Commissioner of the Bechuanaland Protectorate has directed the Assistant District Commissioner, Kasane, that tribesmen of the Caprivi Zipfel should be allowed to cultivate land on Kasikili Island, if they wish to do so, under an annual renewable permit".

This reply did not appear to satisfy the Secretary for External Affairs of South Africa, who wrote back to the Administrative Secretary on 14 February 1949 in the following terms:

> "While noting that your Administration is prepared to authorise

et il proposait diverses solutions, après avoir observé que «[l]es autorités du Bechuanaland souhaiteraient vivement que le chenal nord soit reconnu comme constituant la frontière parce que ce tronçon du cours d'eau est navigable et donne accès à des portions plus en amont du Chobe — ce qui n'est pas le cas du chenal sud».

De son côté, M. Redman fit tenir une copie du rapport conjoint au secrétaire du gouvernement à Mafeking par lettre du 26 janvier 1948. Dans cette lettre, le commissaire de district précisait notamment que les barges de M. Ker ne pouvaient «transiter par le chenal sud lorsque le fleuve n'[était] pas en crue» et qu'il était «même difficile à une petite embarcation de s'y frayer un passage»; que «la carte figurant la frontière du territoire dans le chenal sud [était] inexacte et qu'elle a[vait] probablement été dressée par quelqu'un qui n'avait pas examiné le fleuve pour en déterminer le chenal principal»; que, selon «de plus amples informations [reçues] d'un habitant de l'île ... un chef Caprivi ... aurait demandé en 1924 au ... magistrat résident de Kasane la permission pour ses gens de cultiver sur l'île»; et que «la cession de l'île empêcherait le territoire concerné d'utiliser librement le Chobe lequel, un jour, pourrait s'avérer être une voie d'eau extrêmement importante».

59. La transmission, par le major Trollope et M. Redman, du rapport conjoint du 19 janvier 1948 à leurs autorités respectives donna lieu à divers échanges de correspondance entre celles-ci.

Le 14 octobre 1948, le secrétaire auprès du premier ministre d'Afrique du Sud, chargé des affaires extérieures, adressa une lettre au secrétaire administratif auprès du haut commissaire pour le Bechuanaland à Pretoria, dans laquelle, tout en prenant note des conclusions du rapport Trollope-Redman quant à l'identification du «chenal principal» autour de l'île de Kasikili, il proposait un arrangement dans les termes suivants:

> «Le gouvernement de l'Union est désireux de protéger les droits des membres des tribus de la bande de Caprivi sur l'île et il apparait que les autorités du Bechuanaland souhaitent utiliser le chenal nord pour la navigation. Comme il semble qu'il n'y ait pas conflit d'intérêts, il devrait être possible de trouver un arrangement mutuellement satisfaisant. Nous vous serions reconnaissants de bien vouloir nous faire connaitre votre point de vue à ce sujet.»

En réponse, le secrétaire administratif lui fit savoir le 4 novembre 1948

> «que le commissaire résident du protectorat du Bechuanaland a[vait] donné ordre au commissaire de district à Kasane d'autoriser les membres des tribus de la bande de Caprivi à cultiver le sol de l'île de Kasikili, s'ils le souhaitent, en vertu d'un permis annuel renouvelable».

Cette réponse ne parut pas satisfaisante au secrétaire chargé des affaires extérieures de l'Afrique du Sud qui, par une nouvelle lettre, en date du 14 février 1949, s'adressa au secrétaire administratif en ces termes:

> «Je note que votre administration est prête à autoriser les

> Caprivi Zipfel tribesmen to cultivate land on Kasikile Island on an annual renewable permit, I am to state that this is not what the Union Government had in mind.
>
> From the available information it is clear that Caprivi Tribesmen have made use of the Island for a considerable number of years and that their right to do so has at no time been disputed either by Bechuanaland Tribesmen or the Bechuanaland authorities.
>
> It was further understood that the interests of the Bechuanaland authorities centred in the use of the Northern Channel of the Chobe for navigation purposes.
>
> My object in writing to you was therefore to ascertain whether agreement could not be reached on the basis of your Administration recognising the Union's claim to Kasikile Island subject to it issuing a general permit for the use of the Northern waterway for navigation purposes."

On 6 June 1949 the High Commissioner for Bechuanaland wrote to the Secretary of State for Commonwealth Relations in London informing him of the South African proposal. In his letter the High Commissioner stated that the Union Government had "proposed a slight adjustment of the northern boundary of the Bechuanaland Protectorate"; he explained that Kasikili Island had "hitherto been regarded as part of the Caprivi Zipfel, since maps show[ed] that the main channel pass[ed] to the south of the island"; with reference to the Joint Report of 19 January 1948, which he enclosed with his letter, he stated that

> "[t]he question of the correct boundary was raised by a firm which intends to transport timber down the river, and the Union Government, having examined the question, find that the main channel is to the north of the island, and that there has been no change in the course of the channel within living memory";

and he concluded:

> "4. The Resident Commissioner of the Bechuanaland Protectorate considers that the Union proposal to set the boundary in the southern channel need not be resisted, if the use of the northern channel for navigation is guaranteed for the inhabitants and Government of the Bechuanaland Protectorate. This guarantee the Union Government are prepared to give.
>
> 5. I consider in the circumstances that the proposal of the Union Government is acceptable, and would be glad to have your approval of it."

Ultimately, following consultations with the Commonwealth Relations Office, Bechuanaland declined to accept the South African proposal. This reaction appears to have been motivated, in particular, by difficulties in

> membres des tribus de la bande de Caprivi à cultiver l'île de Kasikili en vertu d'un permis annuel renouvelable, mais je suis chargé de vous faire savoir que ce n'est pas là ce que le gouvernement de l'Union avait à l'esprit.
>
> Il ressort clairement des informations disponibles que les membres des tribus de la bande de Caprivi utilisent l'île depuis très longtemps et que leur droit d'agir ainsi n'a jamais été contesté, ni par les membres des tribus, ni par les autorités du Bechuanaland.
>
> Nous pensions que les autorités du Bechuanaland s'intéressaient avant tout à la possibilité d'utiliser le chenal nord du Chobe pour la navigation.
>
> Je vous ai donc écrit afin de déterminer s'il ne serait pas possible de conclure un accord dont l'élément principal serait que votre administration reconnaîtrait les prétentions de l'Union sur l'île de Kasikili, sous réserve que l'Union délivre une autorisation générale d'utiliser le chenal nord pour la navigation.»

Par lettre du 6 juin 1949, le haut commissaire pour le Bechuanaland rendit compte de cette proposition sud-africaine au secrétaire d'Etat chargé des relations avec le Commonwealth à Londres. Dans sa lettre, le haut commissaire indiquait que le gouvernement de l'Union avait «proposé d'apporter une légère modification à la frontière septentrionale du protectorat du Bechuanaland»; il précisait que «jusqu'à présent, on considérait que cette île faisait partie de la bande de Caprivi car les cartes indiqu[aient] que le chenal principal pass[ait] au sud de l'île»; il soulignait, en se référant au rapport conjoint du 19 janvier 1948 joint à sa lettre, que

> «[l]a question de l'emplacement exact de la frontière a[vait] été soulevée par une entreprise qui a[vait] l'intention de transporter du bois d'œuvre sur le Chobe, et [que] le gouvernement de l'Union, après avoir examiné la question, a[vait] conclu que le chenal principal se trouvait au nord de l'île et que son cours n'avait pas varié de mémoire d'homme»;

et concluait:

> «4. Le commissaire résident du protectorat du Bechuanaland estime qu'il n'est pas nécessaire de s'opposer à la proposition de l'Union de faire passer la frontière par le chenal sud si l'utilisation du chenal nord pour la navigation est garantie pour les habitants et le gouvernement du protectorat du Bechuanaland. Cette garantie, le gouvernement de l'Union est disposé à l'accorder.
>
> 5. Dans ces conditions, je considère la proposition du gouvernement de l'Union comme acceptable et serais heureux que vous l'approuviez.»

Finalement, à l'issue de consultations avec les autorités chargées des relations avec le Commonwealth, le Bechuanaland déclina la proposition sud-africaine. Cette réaction apparaît avoir été motivée, en particulier,

connection with the Mandate over South West Africa. Thus, in a letter dated 24 August 1949, the Chief Secretary to the High Commissioner for Bechuanaland explained to the Secretary to the South African Prime Minister, that "while the slight alteration proposed [by the South African Government] seem[ed] of little intrinsic importance, an examination of the legal and political aspects ha[d] revealed that certain difficulties [might] ensue both from the standpoint of international law and as regards possible uncertainty of jurisdiction". These points were explained as follows in a long letter dated 20 October 1949 from the Commonwealth Relations Office in London to the High Commissioner for Bechuanaland:

> "we agree that this very slight alteration is of no intrinsic importance in itself and seems in substance unobjectionable. There are, however, certain legal and political complications which it seems necessary to bring to your notice . . . First, there is the international aspect . . . Under Article 7 of the Mandate no modification could be made without the consent of the Council of the League of Nations. In so far as the mandate is still operative, this might be interpreted as referring to some organ of the United Nations or as making any adjustment impossible. No doubt it is unlikely that anyone would raise any objection in the United Nations, especially as the proposal is to add to the territory and not in any way to reduce its area, but the possibility cannot be entirely ignored. Secondly, it is necessary to consider the effect of the adjustment from the point of view of Municipal Law. This is more difficult. The island is apparently inhabited and no doubt offences are sometimes committed and civil disputes might occur. . . . The matter being thus dependent on an agreement between the United Kingdom and Germany, at first sight there is no reason why an adjustment, fully effective for the purposes of Municipal Law, should not be made by a further agreement between the United Kingdom and the Union of South Africa. Unfortunately, however, the International Law on the subject affects the Municipal Law, for the mandate creates a technical difficulty . . . The issue of an Order in Council involving a cession of territory, however small or nominal, to South West Africa is open to some objection since the publicity involved might arouse curiosity and subsequent criticism on the part of those who dislike the Union Government's refusal to place South West Africa under trusteeship."

On 10 May 1951 the High Commissioner wrote in similar terms to the Secretary to the South African Prime Minister, stating that:

par des difficultés liées à l'existence du mandat sur le Sud-Ouest africain. Ainsi, dans une communication datée du 24 août 1949, le secrétaire principal auprès du haut commissaire pour le Bechuanaland exposait au secrétaire auprès du premier ministre d'Afrique du Sud que «la légère modification proposée [par le Gouvernement sud-africain] sembl[ait] de peu d'importance en soi» mais qu'«un examen des incidences juridiques et politiques a[vait] montré qu'elle entraînerait certaines difficultés tant du point de vue du droit international qu'en ce qui concerne une éventuelle incertitude quant à la compétence territoriale». Ces points étaient notamment explicités comme suit dans une longue lettre que le bureau des relations avec le Commonwealth à Londres adressa le 20 octobre 1949 au haut commissaire pour le Bechuanaland:

> «nous convenons que cette très légère modification du tracé de la frontière n'a pas en soi d'importance intrinsèque et que nous n'avons aucune objection à formuler quant au fond. Toutefois, il semble qu'il faille vous informer de certaines difficultés de nature à la fois juridique et politique... En premier lieu, il convient de considérer l'aspect international... En vertu de l'article 7 du mandat, aucune modification n'est réalisable sans le consentement du Conseil de la Société des Nations. Dans la mesure où le mandat est toujours en vigueur, on pourrait en conclure qu'il convient donc d'en référer à un organe des Nations Unies ou bien qu'il est impossible de procéder à la moindre rectification de frontière. Certes, il est possible que personne n'émette d'objection au sein des Nations Unies, puisque la proposition consiste en un accroissement territorial et non pas en une réduction, mais l'éventualité d'une objection ne peut être ignorée. En second lieu, il faut considérer l'effet de la rectification du point de vue du droit interne. Les choses sont plus complexes à ce niveau. L'île est apparemment habitée, il y est donc certainement commis parfois des infractions et des litiges de caractère civil ne sont pas à exclure... Comme la solution dépend d'un accord conclu entre le Royaume-Uni et l'Allemagne, il ne semble à priori y avoir aucune raison de ne pas procéder à une rectification pleinement valable aux fins du droit interne au moyen d'un nouvel accord conclu entre le Royaume-Uni et l'Union sud-africaine. Malheureusement, sur ce point, le droit international influe sur le droit interne, car le mandat crée une difficulté technique... L'idée qu'une ordonnance adoptée en conseil opère une cession de territoire, aussi petit, aussi minime qu'il soit, en faveur du Sud-Ouest africain prête à objection car la publicité faite autour de cette décision risque de susciter la curiosité puis des critiques de la part de ceux qui reprochent au gouvernement de l'Union de refuser de placer le Sud-Ouest africain sous régime de tutelle.»

De même, dans une lettre du 10 mai 1951, adressée au secrétaire auprès du premier ministre d'Afrique du Sud par le haut commissaire, celui-ci indiquait:

> "The possibility of making a declaration on behalf of the Government of the Bechuanaland Protectorate to the effect that the Island is not claimed as lying within the boundaries of the Protectorate has been examined by the Legal Advisers to the Secretary of State for Commonwealth Relations. I am afraid that they have found this proposal to be beset by legal complications of an international nature, the solution of which would entail difficulties disproportionate to the importance of the matter at issue";

and adding:

> "The Bechuanaland Protectorate Government might possibly wish to arrange for some land on the Island at some time to be cultivated by the few African public servants at Kasane. Apart from this minor matter, I venture to suggest that it is unlikely that any development in the foreseeable future will damage the interests of the Caprivi tribesmen who have in the past used the Island. It should, I think, be possible to adjust by administrative action any difficulty arising in connection with the Island and the adjacent waterway without an alteration of the existing legal position . . . and it is assumed that the free use of the main channel of the Chobe, to the north of the Island, would continue to be assured under the international rules governing waterways that form the common boundary of two states."

60. It was in very similar terms that Mr. Dickinson, who had in the meantime succeeded Mr. Redman as District Commissioner at Kasane (Bechuanaland) wrote on 5 July 1951 to Major Trollope "in regard to Kasikili Island". After explaining that "the legal complications which are of an international nature, and beset the question of excorporating Kasikili Island from the Bechuanaland Protectorate, will involve difficulties disproportionate to the matter at issue", he concluded as follows:

> "Might I therefore say that the position as at the moment, allowing the full use of the Island to your tribesmen, for grazing and cultivation and our undisputed use of the Northern Waterway, under the international laws, governing the Waterways forming the common boundaries of two states, would appear entirely satisfactory, to the B.P. Government, and I trust also to yours."

In his reply of 4 August 1951 Major Trollope agreed that "the 'stink' [was] quite disproportionate to the importance of the matter at issue", adding that they should "let the whole matter lapse into the decent obscurity from which it should never have been allowed to emerge". However, he disagreed with certain of the language used in Mr. Dickinson's letter, observing:

> «Les conseillers juridiques du secrétaire d'Etat aux relations avec le Commonwealth ont examiné la possibilité qu'une déclaration soit faite au nom du gouvernement du protectorat du Bechuanaland, qui dirait que les prétentions formulées ne situent pas l'île à l'intérieur des frontières du protectorat. Je crains que cette proposition ne leur ait semblé de nature à créer de multiples complications juridiques de caractère international dont la solution soulèverait des difficultés hors proportion avec l'importance de l'affaire»;

et d'ajouter:

> «Le gouvernement du protectorat du Bechuanaland voudra peut-être prendre des dispositions pour que certaines terres de l'île puissent être cultivées un jour par les quelques fonctionnaires africains qui vivent à Kasane. Indépendamment de cette question mineure, je me permettrai de dire qu'il me paraît peu probable que l'évolution de la situation, dans un avenir prévisible, soit préjudiciable aux intérêts des membres des tribus de la bande de Caprivi qui ont utilisé l'île dans le passé. Je pense qu'il devrait être possible, par des mesures administratives, de parer à toutes difficultés qui surgiraient au sujet de l'île et de la voie d'eau adjacente, sans modifier la situation juridique existante ... on prendra pour hypothèse que la libre utilisation du chenal principal du Chobe, au nord de l'île, continuera d'être assurée conformément aux règles internationales régissant les voies d'eau qui constituent la frontière entre deux Etats.»

60. C'est un langage très semblable que M. Dickinson, qui avait entre-temps succédé à M. Redman comme commissaire de district à Kasane (Bechuanaland), utilisa dans une lettre qu'il adressa le 5 juillet 1951 au major Trollope «concernant l'île de Kasikili». Après avoir exposé que «les incidences juridiques, d'ordre international, d'une séparation de l'île de Kasikili du protectorat du Bechuanaland soulèveraient des difficultés disproportionnées» au regard de l'importance de la question, il concluait:

> «Je crois donc devoir dire que la situation actuelle, qui autorise une utilisation pleine et entière de l'île par les membres de vos tribus pour le pacage et les cultures ainsi que l'utilisation non contestée du cours d'eau septentrional par nous, en vertu du droit international régissant les voies navigables qui constituent la frontière commune de deux Etats, devrait paraître entièrement satisfaisante au gouvernement du protectorat du Bechuanaland et, je n'en doute pas, aussi au vôtre.»

Dans sa réponse en date du 4 août 1951, le major Trollope convint que «ce «tohu-bohu» [était] tout à fait hors de proportion avec l'importance de la question», ajoutant qu'il y aurait lieu de «laisser toute la question retomber dans l'oubli qui lui convient et d'où on n'aurait jamais dû la laisser sortir». Toutefois, il contesta certaines formules utilisées par M. Dickinson dans sa lettre et souligna ce qui suit:

> "I find it, however, somewhat embarrassing to agree formally that we should be 'allowed' the use of the Island and should recognise the 'undisputed use of the Northern Waterway under the international laws governing the waterways forming the common boundary of two states'. Such an agreement might quite possibly be arguably used in support of a submission that we occupy by licence and permission — which we do not, of course, admit."

Major Trollope accordingly proposed the following "gentlemen's agreement":

> "*(a)* That we agree to differ on the legal aspect regarding Kasikili Island, and the concomitant question of the Northern Waterway;
>
> *(b)* That the administrative arrangements which we hereafter make are entirely without prejudice to the rights of the Protectorate and the Strip to pursue the legal question mentioned in *(a)* should it at any time seem desirable to do so and will not be used as an argument that either territory has made any admissions or abandoned any claims; and
>
> *(c)* That, having regard to the foregoing, the position revert to what it was de facto before the whole question was made an issue in 1947 — i.e. that Kasikili Island continue to be used by Caprivi tribesmen and that the Northern Waterway continue to be used as a 'free for all' thoroughfare."

Major Trollope made it clear that:

> "this 'gentlemen's agreement' could only purport to affect arrangements as between our two Administrations. I have my gravest doubts as to the wisdom of making the ambit larger for that would bring in all sorts of extraneous questions of international law and such like imponderables which I think we might usefully leave for consideration when we come to that bridge."

In a letter of 11 August 1951 Mr. Dickinson stated that the three-point agreement proposed by Major Trollope seemed to him "the most reasonable solution" and that he "agree[d] entirely with [it]". He suggested, however, that a paragraph *(d)* be added, stating "that nothing in the previous three sections should be read as preventing the [Bechuanaland Protectorate] Tribesmen using the Island for ploughing purposes".

On 23 August 1951 Major Trollope replied as follows:

> "1. I'm afraid that the point you raise rather throws a spanner in the works.
>
> 2. I appreciated the position as that we both wished to restore the

> «Je trouve ... quelque peu gênant de convenir officiellement que nous devrions être «autorisés» à utiliser l'île et que nous devrions reconnaître l'«utilisation non contestée du cours d'eau septentrional en vertu du droit international régissant les voies navigables qui constituent la frontière commune de deux Etats.» Il serait tout à fait possible d'invoquer un tel accord pour soutenir à tort ou à raison que notre occupation se fonde sur des autorisations et sur des permis — ce que nous ne reconnaissons évidemment pas.»

En conséquence, le major Trollope proposa à son correspondant le *gentlemen's agreement* suivant:

> «*a)* nous admettons ne pas être du même avis sur le problème juridique relatif à l'île de Kasikili et la question connexe de la voie d'eau septentrionale;
>
> *b)* les arrangements administratifs que nous prenons ci-après sont absolument sans préjudice du droit des responsables du protectorat et de ceux de la bande de Caprivi de poursuivre l'examen de la question juridique visée à l'alinéa *a)* s'il est jugé souhaitable de le faire à un moment quelconque et ces arrangements ne pourront pas être invoqués pour soutenir que l'un ou l'autre des territoires a admis quoi que ce soit ou bien a renoncé à quelque prétention que ce soit;
>
> *c)* compte tenu de ce qui précède, la situation redevient celle qui existait *de facto* avant que toute la question prenne un aspect litigieux en 1947 — c'est-à-dire que l'île de Kasikili continuera d'être utilisée par les membres des tribus du Caprivi et que la voie d'eau septentrionale continuera de servir de «voie de circulation ouverte à tous».»

Et le major Trollope de préciser:

> «ce *gentlemen's agreement* ne peut être censé avoir d'effet que sur les arrangements passés entre nos deux administrations. Je doute fortement qu'il soit sage d'en étendre la portée, car cela susciterait toutes sortes de questions de droit international et autres impondérables sans rapport avec la situation qu'à mon avis nous ne devrions examiner que lorsqu'elles se poseront.»

Par lettre du 11 août 1951, M. Dickinson indiqua que l'accord en trois points proposé par le major Trollope lui paraissait être «la solution la plus raisonnable» et qu'il l'«approuv[ait] entièrement». Il suggéra cependant d'y ajouter un alinéa *d)* «pour dire que rien dans les trois alinéas qui précèdent ne doit être interprété comme interdisant aux tribus du protectorat du Bechuanaland d'utiliser l'île pour la cultiver».

Le 23 août 1951, le major Trollope lui répondit ce qui suit:

> «1. ... Je crains que le point que vous soulevez ne mette des bâtons dans les roues.
>
> 2. Il m'a semblé qu'en l'occurrence nous voulions tous deux réta-

> *factual* position to what it was before Ker raised the hornet's nest, and to leave the *legal* position 'in the air' to be freely raised in the future by either side should that become necessary or desirable.
>
> 3. Whatever the *legal* position (i.e. whether your tribesmen have any rights) is, the *factual* position is that not in all the years past — not in German times, nor when the Strip was administered by the B.P., nor in the S.W. African days nor during my administration (Union) — have B.P. tribesmen ever cultivated the Island or asserted a right to do so; while Caprivi tribesmen have always done so (see *paras. five* and *six* of the Joint Report of 19/1/1948 by Redman and myself). For me to agree therefore that there is nothing to prevent B.P. tribesmen from cultivating the Island does not seem to me to restore the *Status quo* . . ."

To this, Mr. Dickinson responded on 3 September 1951 as follows:

> "I must concede your point rather than allow the 'spanner' to 'bust' the works.
>
> Your paragraphs *(a)*, *(b)*, & *(c)* will then meet the points in question. In other words we revert to the position as it was prior to this disturbance.
>
> I feel I must make one point clear to you. Although accepting the position and being prepared to honour it, in any discussion or controversy on this Island in future, our Government will be adamant in its attitude that the Island is B.P. — and any attitude in regard to our 'Administrative Settlements' will of course be based on that fact."

Finally, on 13 September 1951, Major Trollope wrote as follows to the new District Commissioner at Kasane, Mr. McLaren:

> "2. I really feel that the possibility of future 'discussion or controversy' regarding Kasikili is extremely remote. After all the present factual position, to which happily we now return, has existed for generations without any conflict — indeed, in my opinion, even the recent contretemps was unnecessary.
>
> 3. However, if circumstances again make it necessary for controversy to rear its head, the fact of Dickinson's caveat is now on record. Perhaps it would not be inappropriate were I likewise formally to record that in any future controversy over this Island, the Caprivi will be equally insistent on asserting the legality of the factual possession and use it has enjoyed for so many years.

. . . .

> blir la situation *de fait* telle qu'elle était avant que Ker ne sème le trouble et laisser la situation *juridique* «en l'air» pour que l'une ou l'autre des parties puisse soulever librement ce problème-là par la suite si cela se révèle nécessaire ou souhaitable.
>
> 3. Quelle que soit la situation *en droit* (c'est-à-dire indépendamment de savoir si les membres de vos tribus ont des droits ou non), la situation *en fait* est que jamais, pendant toutes les années écoulées, ni à l'époque de la présence allemande, ni à l'époque où la bande était administrée par les autorités du protectorat du Bechuanaland, ni à l'époque du Sud-Ouest africain, ni pendant mon administration (celle de l'Union) — les membres des tribus du protectorat du Bechuanaland n'ont cultivé l'île ni fait valoir qu'ils en avaient le droit, alors que les membres des tribus du Caprivi l'ont toujours cultivée (voir les *paragraphes cinq* et *six* du rapport conjoint du 19 janvier 1948 rédigé par Redman et par moi-même). Par conséquent, pour moi, reconnaître que rien ne s'oppose à ce que les membres des tribus du protectorat du Bechuanaland cultivent l'île ne me paraît pas rétablir le *statu quo*...»

A son tour, M. Dickinson précisa le 3 septembre 1951:

> «Je dois reconnaître que vous avez raison, car il faut éviter que «les bâtons» ne «cassent» les roues.
>
> Vos alinéas *a)*, *b)*, et *c)* résoudront donc les points dont il s'agit. En d'autres termes nous revenons à la situation telle qu'elle existait avant cet incident de parcours.
>
> Je crois devoir vous préciser le point suivant: bien qu'il accepte la situation et qu'il soit disposé à honorer cet accord, notre gouvernement, dans n'importe quel débat, dans n'importe quelle polémique concernant cette île à l'avenir, s'en tiendra fermement à sa position qui est que l'île fait partie du protectorat du Bechuanaland et toute prise de position concernant nos «accords administratifs» reposera évidemment sur ce fait.»

Enfin, le 13 septembre 1951, le major Trollope s'adressa en ces termes au nouveau commissaire de district à Kasane, M. McLaren:

> «2. Très sincèrement, je crois que le risque d'avoir à l'avenir «un débat ou une polémique» au sujet de l'île de Kasikili est extrêmement faible. Après tout, la situation concrète actuelle, à laquelle nous sommes heureux de revenir, existe depuis des générations sans qu'il y ait eu le moindre conflit — d'ailleurs, à mon avis, même le contretemps récent n'avait pas lieu d'être.
>
> 3. Néanmoins, si les circonstances devaient faire resurgir la polémique, la mise en garde de Dickinson est maintenant versée au dossier. Peut-être ne serait-il pas inopportun que, moi aussi, je déclare officiellement que, dans toute polémique qui pourrait surgir au sujet de cette île, les responsables de la bande de Caprivi mettront la même insistance à affirmer que la possession concrète de l'île et son utilisation par eux pendant si longtemps sont légales.
>
> . . . .

> 5. I propose now, if you agree, advising my Department that there is no necessity for pursuit of the matter at high levels as a suitable administrative arrangement, without any prejudice whatever to either side, has been concluded between my office and yours . . .
>
> *P.S.* It occurs to me that the most likely way in which, unwittingly and not designedly, the controversy might be re-opened is by a B.P. tribesman 'trespassing' (as it would be regarded by us, although not legally by you) on Kasikili. I hereby undertake that should any such occasion arise I will not deal with the matter without prior reference to your office to ascertain whether you wish the large question raised. May I tentatively suggest that you advise your tribesmen to avoid any such action — unless, of course, it is deliberately done as an assertion of right to test the position."

This resulted in the despatch of a letter dated 20 November 1951 from the Government Secretary at Mafeking to the District Commissioner at Kasane, which included the following passage:

> "The Native Commissioner Eastern Caprivi Zipfel may therefore be informed that his recommendation is accepted.
>
> 2. It is understood that the only Africans in the Protectorate interested in the cultivation of the Island are Government employees living at Kasane and I am to say that they should be instructed that they will not be permitted to plough on the Island."

61. Each of the Parties to the present proceedings relies on the Trollope-Redman Joint Report and the correspondence relating thereto in support of its position. The consequences that they draw from them, however, differ significantly. According to Botswana, these documents show that the boundary around Kasikili/Sedudu Island follows the northern channel; Namibia disputes this, claiming that those same documents demonstrate that the Island forms part of the Caprivi Strip.

62. From the various administrative and diplomatic documents referred to above, the Court, for its part, observes the following: (1) prior to 1947 no differences had arisen between Bechuanaland and the power administering the Caprivi Strip with regard to the boundary in the area of Kasikili/Sedudu Island; (2) it appears that, on the basis of the maps available at the time, the boundary had until then been supposed to be located in the southern channel of the Chobe; (3) in 1948 a local official from the Caprivi and a local official from Bechuanaland came to the joint conclusion, "[a]fter separate examination of the terrain and the examination of an aerial photograph", that the "main channel" around Kasikili/Sedudu Island was the northern one (without specifying what criteria they had employed); at the same time they noted that since at least 1907

5. Maintenant je me propose, si vous le voulez bien, de dire à mes supérieurs qu'il n'est pas nécessaire de poursuivre l'examen de cette question à un niveau élevé puisqu'un arrangement administratif approprié a été conclu entre mes services et les vôtres, sans préjudice aucun ni pour l'une ni pour l'autre partie...

P.S.: Il me semble que, si la polémique devait repartir, accidentellement et non à dessein, ce serait le plus vraisemblablement parce qu'un membre des tribus du protectorat du Bechuanaland «pénétrerait illégalement» dans l'île de Kasikili (ce serait illégal pour nous mais vous verriez le problème juridique autrement). Je m'engage par la présente à ne pas intervenir en pareil cas sans consulter d'abord vos services pour savoir si vous souhaitez soulever l'ensemble de la question. Pourrais-je pour le moment vous suggérer de conseiller aux membres de vos tribus d'éviter de telles opérations, à moins évidemment que le geste ne soit délibéré et ne vise à revendiquer l'exercice d'un droit pour voir ce qu'il en est.»

Cette dernière communication donna lieu à l'envoi d'une dépêche, le 20 novembre 1951, par le secrétaire du gouvernement à Mafeking au commissaire de district à Kasane, dans laquelle on lit notamment ceci:

> «Il est donc possible de faire savoir au commissaire aux affaires autochtones de la partie orientale de la bande de Caprivi que sa recommandation est acceptée.
>
> 2. Il est entendu que les seuls Africains du protectorat que la mise en culture de l'île intéresse sont des fonctionnaires qui vivent à Kasane et je suis chargé de leur faire donner pour instruction qu'ils ne seront pas autorisés à labourer sur l'île.»

61. Chacune des Parties à la présente instance invoque à l'appui de ses thèses le rapport conjoint de MM. Trollope et Redman et la correspondance qui s'y rattache. Les conséquences qu'en tirent les Parties sont cependant très éloignées. Le Botswana soutient qu'il ressort de ces documents que la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu suit le chenal nord du Chobe; la Namibie le conteste, prétendant qu'il découle des mêmes documents que l'île faisait partie de la bande de Caprivi.

62. De l'ensemble de la documentation administrative et diplomatique mentionnée ci-dessus, la Cour, pour sa part, retiendra les éléments suivants: 1) jusqu'en 1947, aucune divergence de vues n'avait surgi entre, d'une part, la Puissance administrant la bande de Caprivi et, d'autre part, le Bechuanaland au sujet de la frontière dans la région de l'île de Kasikili/Sedudu; 2) il semble que, compte tenu des cartes alors disponibles, la frontière était jusque-là supposée se situer dans le chenal sud du Chobe; 3) en 1948, un administrateur local du Caprivi et un administrateur local du Bechuanaland, «[a]près reconnaissance séparée du terrain et examen d'une photographie aérienne», sont parvenus à la conclusion conjointe que le «chenal principal» autour de l'île de Kasikili/Sedudu était le chenal nord (sans spécifier sur la base de quels critères); en même temps, les

use had been made of the Island by Caprivi tribesmen without objection by the Bechuanaland authorities and that that situation still continued; and they recorded that they had "neither arrived at, nor expressed any joint opinion on the effect of these facts on the ownership of the Island"; (4) the higher authorities in Bechuanaland subsequently took the view that the boundary around the Island was located in the northern channel of the Chobe, and that South Africa's claims to the Island itself were unfounded under the 1890 Treaty; nevertheless, they were initially inclined to accept those claims, on condition that they retained access to the northern channel, but later, after consulting London, they abandoned that idea, fearing that this would result in a modification of the boundary that, in view of the mandate over South West Africa, would give rise to a variety of complications; (5) the higher authorities in South Africa, while not disputing the possibility of the "main channel" around Kasikili/Sedudu Island being the northern one and at the same time demonstrating a flexible attitude with regard to access to that channel, clearly asserted their claims to the Island; (6) the local officials in the Caprivi Strip and in Bechuanaland, aware of the positions of their respective superior authorities but keen to remain on neighbourly terms, agreed to shelve their legal differences and to maintain, until further notice, the *status quo ante* (use of Kasikili/Sedudu Island by Caprivi tribesmen and open access to the northern channel of the Chobe); (7) the local official in the Caprivi Strip described the question of the "Northern Waterway" as "concomitant" with that of the "legal aspect regarding Kasikili Island", and his counterpart in Bechuanaland did not challenge this; (8) the issue of access to the Island by Bechuanaland tribesmen was not pursued further.

63. From all of the foregoing, the Court concludes that the above-mentioned events, which occurred between 1947 and 1951, demonstrate the absence of agreement between South Africa and Bechuanaland with regard to the location of the boundary around Kasikili/Sedudu Island and the status of the Island. Those events cannot therefore constitute "subsequent practice in the application of the treaty [of 1890] which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation" (1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 31, para. 3 *(b)*). *A fortiori*, they cannot have given rise to an "agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions" (*ibid.*, Art. 31, para. 3 *(a)*).

64. In October 1984 an incident during which shots were fired took place between members of the Botswana Defence Force and South African soldiers who were travelling by boat in the Chobe's southern channel. At a meeting held in Pretoria on 19 December 1984 between representatives of various South African and Botswanan ministries, it emerged that the incident had arisen out of differences of interpretation as to the precise location of the boundary around Kasikili/Sedudu Island. At this meeting, reference was made to the terms of the 1890 Treaty and it was

deux administrateurs ont constaté que l'île était cultivée par des membres de tribus de la bande de Caprivi, sans objection des autorités du Bechuanaland, et que cette situation perdurait depuis au moins 1907; et ils ont souligné n'avoir «ni formé, ni exprimé la moindre opinion commune quant aux incidences de ces faits sur la propriété de l'île»; 4) les autorités supérieures du Bechuanaland ont par la suite considéré que la frontière autour de l'île se situait dans le chenal nord du Chobe et que les prétentions sud-africaines sur l'île elle-même n'étaient pas fondées au regard du traité de 1890; elles ont néanmoins, dans un premier temps, envisagé de satisfaire ces prétentions, pour autant que l'accès au chenal nord leur demeure ouvert, puis, après avoir consulté Londres, y ont renoncé, estimant qu'il en résulterait une modification de la frontière sujette à des difficultés diverses compte tenu du mandat sur le Sud-Ouest africain; 5) les autorités supérieures de l'Afrique du Sud, sans contester que le «chenal principal» autour de l'île de Kasikili/Sedudu puisse être le chenal nord, et tout en se montrant flexibles quant à l'accès à celui-ci, ont nettement affirmé leurs prétentions sur l'île; 6) les administrateurs locaux de la bande de Caprivi et du Bechuanaland, conscients de la position de leurs autorités supérieures respectives, mais désireux de sauvegarder leurs bonnes relations de voisinage, se sont accordés pour consigner leur désaccord en droit et pour maintenir, jusqu'à nouvel ordre, le *statu quo ante* (utilisation de l'île de Kasikili/Sedudu par les membres de tribus de la bande de Caprivi et accès ouvert au chenal nord du Chobe); 7) l'administrateur local de la bande de Caprivi a affirmé que la question «de la voie d'eau septentrionale» était «connexe» par rapport à celle des «aspects juridiques concernant l'île de Kasikili», et l'administrateur local du Bechuanaland n'a pas contesté cette affirmation; et 8) la question de l'accès à l'île d'autochtones du Bechuanaland n'a pas eu de suite.

63. De l'ensemble de ces éléments, la Cour conclut que les événements ci-dessus rapportés, qui se sont déroulés entre 1947 et 1951, révèlent l'absence d'accord entre l'Afrique du Sud et le Bechuanaland quant à l'emplacement de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu et au statut de l'île. Ces événements ne sauraient dès lors être constitutifs d'une «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité [de 1890] par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité» (convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, art. 31, par. 3, al. *b)*). A fortiori ne peuvent-ils avoir donné lieu à un «accord ... entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions» (*ibid.*, art. 31, par. 3, al. *a)*).

64. En octobre 1984, un incident, au cours duquel des coups de feu furent tirés, mit aux prises des membres des forces armées botswanaises et des soldats sud-africains qui se déplaçaient à bord d'une petite embarcation sur le chenal sud du Chobe. Lors d'une réunion tenue à Pretoria, le 19 décembre 1984, entre des représentants de divers ministères de l'Afrique du Sud et du Botswana, il apparut que l'incident s'était produit à la suite de divergences d'interprétation sur l'emplacement exact de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu. Au cours de cette réunion,

agreed "that a joint survey should take place as a matter of urgency to determine whether the main Channel of the Chobe River is located to the north or the south of the Sidudu/Kasikili Island".

The joint survey was carried out at the beginning of July 1985. The "survey report", drawn up on 15 July 1985, was preceded by an analysis of the available maps stating that, while those prior to 1975 located the boundary in the southern channel, Botswana had in 1975 published a map which placed the boundary to the north and west of the Island: it was concluded from this that "[t]he disparity in the depiction of the boundary between South African maps and those of Botswana ha[d] probably been a contributory factor in the recent border incident near Kasane". Furthermore, the report was also preceded by a paragraph entitled "Authority for Survey", which stated:

> "At an intergovernmental meeting held in Pretoria on 19 December 1984 it was decided that a joint survey should be undertaken to determine whether the main channel of the Chobe River is located to the north or the south of Sidudu/Kasikili Island.
>
> Representatives of the two national survey organisations accompanied by co-workers from the Departments of Water Affairs have now been to the area to survey the 'Thalweg' in the vicinity of the island. Specific mention is made to the Thalweg in the 1890 Agreement between England and Germany."

The report itself gave details of the cross-sections and depth soundings taken and the equipment used; it contained *inter alia* the following passage:

> "Livestock from Caprivi are swum across the river when grazing on the Caprivi side is poor. The impression was gained that visits to the Island had, in recent years, become infrequent. Benson Mafwila [an elderly inhabitant of Kabuta village] recounted that Tax had been paid at Kasane in the Nineteen-twenties. He was referring, no doubt, to the period 1922-1929 when the Caprivi Strip was administered on behalf of South Africa by the Protectorate Government. The name by which the Island is known to Caprivians is Kasikili. This is also the Caprivian name for the arm of the river which flows around the island to the west and north. The name Sidudu Island is a later name coming from the Botswana side. There is a Sidudu valley in the immediate vicinity to the south."

The conclusions of the survey report were as follows:

> "The main channel of the Chobe River now passes Sidudu/Kasikili Island to the west and to the north of it. (See annexed Map C.)
>
> The evidence available seems to point to the fact that this has been the case, at least, since 1912.

référence fut faite aux termes du traité de 1890 et il fut convenu «qu'il y a[vait] urgence à réaliser une étude conjointe afin de déterminer si le chenal principal du Chobe [était] situé au nord ou au sud de l'île».

L'étude conjointe fut réalisée au début du mois de juillet 1985. Le «rapport d'étude», établi le 15 juillet 1985, était précédé d'une analyse des cartes disponibles, indiquant d'une part que les cartes antérieures à 1975 figuraient la frontière dans le chenal sud et d'autre part que le Botswana, en 1975, avait publié une carte situant la frontière au nord et à l'ouest de l'île: il en était conclu que «[l]a divergence de description de la frontière entre les cartes de l'Afrique du Sud et celles du Botswana a[vait] probablement contribué au dernier incident de frontière près de Kasane». Par ailleurs, ledit rapport était également précédé d'un paragraphe intitulé «Mandat pour l'étude», ainsi libellé:

> «La réunion intergouvernementale tenue à Pretoria le 19 décembre 1984 a décidé qu'une étude conjointe serait réalisée afin de déterminer si le chenal principal du Chobe se situe au nord ou au sud de l'île Sidudu/Kasikili.
>
> Des représentants des services cartographiques des deux pays, accompagnés par des collaborateurs des départements des affaires fluviales, se sont maintenant rendus sur les lieux pour procéder à un levé du «thalweg» aux abords de l'île. Il est spécifiquement fait mention du thalweg dans l'accord de 1890 entre l'Angleterre et l'Allemagne.»

Le rapport lui-même spécifiait les coupes et sondages effectués, ainsi que le matériel utilisé; il contenait notamment le passage suivant:

> «Le bétail du Caprivi traverse le fleuve à la nage lorsque le pâturage fait défaut du côté du Caprivi. L'équipe a eu l'impression que les séjours sur l'île étaient devenus plus rares au cours des dernières années. Benson Mafwila [un vieux villageois de Kabuta] a raconté qu'on avait payé l'impôt à Kasane dans les années vingt. Il faisait, sans aucun doute, référence à la période allant de 1922 à 1929 pendant laquelle la bande de Caprivi était administrée par le gouvernement du protectorat pour le compte de l'Afrique du Sud. Le nom sous lequel l'île est connue des Capriviens est Kasikili. C'est également le nom caprivien pour le bras de fleuve qui coule autour de l'île à l'ouest et au nord. Le nom d'île Sedudu a été donné ultérieurement par le Botswana. Il existe une vallée Sidudu aux abords immédiats du sud de l'île.»

Enfin, les conclusions jointes au rapport d'étude étaient les suivantes:

> «Le chenal principal du Chobe contourne maintenant l'île Sidudu/Kasikili par l'ouest et par le nord (voir carte C en annexe).
>
> Les preuves dont on dispose semblent indiquer que tel a été le cas au moins depuis 1912.

> It was not possible to ascertain whether a particularly heavy flood changed the course of the river between 1890 and 1912. Capt Eason of the Bechuanaland Protectorate Police states, on page 4 of Part I of the report which has been referred to earlier, that floods occurred in 1899 and in June and July of 1909.
>
> If the main channel of the river was ever situated to the south of the island, it is probable that erosion in the Sidudu Valley, the location of which can be seen in the annexed Map C, has caused the partial silting up of the southern channel.
>
> Air photographs showing the channels of the river in the vicinity of the island are available in the archives of the two national survey organisations. They were taken in 1925, 1943, 1972, 1977, 1981 and 1982. No substantial change in the position of the channels is evident from the photographs."

65. The Department of External Affairs of Botswana officially forwarded a copy of this joint survey to South Africa's Department of Foreign Affairs under cover of a Note dated 4 November 1985 which included the following passage:

> "The Department of Foreign Affairs will recall that one of the decisions taken at the meeting on 19 December was to send a joint team of technical experts to the Chobe to determine the boundary between Botswana and Namibia in the Sidudu/Kasikili Island area. The Department of External Affairs is pleased to attach to this Note copy of the report produced by the joint team of experts together with its annexures and would be grateful to know whether or not the South African sides wishes to have a meeting called to adopt the report formally. Alternatively the South African side could simply signify its acceptance of the conclusions of the report by means of a Diplomatic Note."

66. It would appear that South Africa never responded to this Note. On 13 October 1986 officials of the ministries of foreign affairs of Botswana and South Africa held a meeting at which the matter of Kasikili/Sedudu Island was briefly discussed. According to the record of this meeting drawn up by the Botswana side, the head of the South African delegation "suggested the maintenance of the status quo till political circumstances could permit direct negotiations between Botswana and independent Namibia"; the head of the Botswana delegation replied "that there was no more room for negotiations because a joint Botswana-South Africa team of experts had confirmed that the Island belonged to Botswana"; and the South African representative "[d]ecided to go back to look at this question once again".

On 22 October 1986 the Botswana authorities sent a telex to Pretoria in which they referred to the discussions of 13 October and went on to say:

> Il n'a pas été possible de vérifier si une inondation particulièrement violente a changé le cours du fleuve entre 1890 et 1912. Le capitaine Eason, de la police du protectorat du Bechuanaland, déclare à la page 4 du chapitre I du rapport mentionné précédemment que des inondations ont eu lieu en 1899 et en juin et juillet 1909.
>
> A supposer que le chenal principal du fleuve se soit jamais trouvé au sud de l'île, il est probable que l'érosion de la vallée Sidudu, que l'on peut voir figurée sur la carte C en annexe, a provoqué l'ensablement partiel du chenal sud.
>
> Des photographies aériennes montrant les chenaux du fleuve au voisinage de l'île se trouvent dans les archives des services cartographiques des deux pays. Elles ont été prises en 1925, 1943, 1972, 1977, 1981 et 1982. Les photographies ne font apparaître aucun changement important de l'emplacement des chenaux.»

65. Le ministère des affaires étrangères du Botswana transmit officiellement copie de cette étude conjointe au ministère des affaires étrangères de l'Afrique du Sud, par une note verbale, en date du 4 novembre 1985, qui portait ce qui suit:

> «Le ministère des affaires étrangères rappelle que l'une des décisions prises à la réunion du 19 décembre a été d'envoyer une commission mixte d'experts techniques au Chobe afin de définir la frontière entre le Botswana et la Namibie dans la région de l'île de Sidudu/Kasikili. Le ministère des affaires étrangères a le plaisir de joindre à cette note une copie du rapport (avec ses annexes) établi par la commission mixte d'experts et serait reconnaissant à la partie sud-africaine de lui faire savoir si elle souhaite convoquer une réunion pour adopter formellement le rapport. Autrement, celle-ci pourrait simplement notifier par une note diplomatique qu'elle accepte les conclusions du rapport.»

66. L'Afrique du Sud ne semble jamais avoir donné suite à cette note. Le 13 octobre 1986, des responsables des ministères des affaires étrangères du Botswana et de l'Afrique du Sud tinrent une réunion au cours de laquelle il fut brièvement question de l'île de Kasikili/Sedudu. Selon le procès-verbal de cette réunion dressé par la partie botswanaise, le chef de la délégation sud-africaine «propos[a] le maintien du *statu quo* jusqu'à ce que les circonstances politiques puissent permettre des négociations directes entre le Botswana et la Namibie indépendante»; le chef de la délégation botswanaise lui répondit «qu'il n'y avait nul besoin de négociations puisqu'une commission mixte d'experts Botswana/Afrique du Sud avait confirmé que l'île appartenait au Botswana»; et le représentant sud-africain ajouta «qu'il y aurait lieu de revenir une fois de plus sur la question».

Le 22 octobre 1986, les autorités botswanaises adressèrent à Pretoria un télégramme dans lequel, s'étant référées aux discussions du 13 octobre, elles poursuivaient:

> "It will be recalled that the Botswana side submitted that Sidudu/Kasikili Island is part of the territory of Botswana, as confirmed by the Botswana/South Africa Joint Team of Experts which reported to the two Governments in July, 1985. [We] wish to inform [you] that the Government of Botswana has since occupied Sidudu/Kasikili Island and expects the Government of South Africa to respect the sovereignty and territorial integrity of the Republic of Botswana in respect of the Island."

The South African authorities replied in the following terms:

> "— The Sidudu/Kasikili border issue addresses the international boundary between Botswana and South West Africa/Namibia.
>
> — According to International Law, such cases should be discussed between the two countries concerned. It is therefore suggested that the Cabinet of South West Africa/Namibia should be approached by the Botswana Government for a proper resolution of the matter under consideration.
> — Alternatively, the South African Government would be willing to convene a meeting where Botswana, South West Africa/Namibia and South Africa could all be represented and where the relevant issue could be finalised."

The exchange ended with a telex from the Botswana authorities dated 25 November 1986, which read as follows:

> "The joint Botswana/South Africa team of experts were never asked to demarcate an international boundary but 'to determine whether the main channel of the Chobe River is located to the north or south of Sidudu Island'. The Joint Team confirmed what had always been the fact, namely that the main channel is located to the north of the island, and that is where the boundary is.
>
> It is therefore clear that adequate clarification of the matter has been made to satisfy normal requirements and no further discussion of the matter is necessary."

67. In these proceedings, Botswana contends that the decision taken in December 1984 to carry out a joint survey, and all the documents relating to that decision — including the survey of July 1985 itself — constitute an "intergovernmental agreement . . . between the parties regarding . . . the application" of the 1890 Treaty, which confirmed that the boundary around Kasikili/Sedudu Island was located in the northern channel of the Chobe. Botswana points out *inter alia* that "general international law do[es] not require any particular formality for the conclusion of an international agreement" and that "[t]he only criterion is the intention of the parties to conclude a binding agreement and this can be inferred from the circumstances".

> «Il est rappelé que la partie botswanaise a affirmé que l'île Sidudu/Kasikili appartient au territoire du Botswana, comme cela a été confirmé par la commission mixte d'experts Botswana/Afrique du Sud qui a remis son rapport aux deux gouvernements en juillet 1985. [Nous souhaitons vous] informer ... que le Gouvernement du Botswana a depuis lors occupé l'île de Sidudu/Kasikili et compte que le Gouvernement de l'Afrique du Sud respectera la souveraineté et l'intégrité territoriale de la République du Botswana en ce qui concerne l'île.»

Les autorités sud-africaines répondirent en ces termes:

> « — La question de la frontière à Sidudu/Kasikili a des incidences sur la frontière internationale entre le Botswana et le Sud-Ouest africain/Namibie.
>
> Selon le droit international, ces questions doivent être examinées par les deux pays concernés. Il est donc proposé que le Gouvernement du Botswana se mette en rapport avec le cabinet du Sud-Ouest africain/Namibie afin de régler comme il convient la question à l'examen.
>
> A titre subsidiaire, le Gouvernement de l'Afrique du Sud serait disposé à convoquer une réunion dans laquelle le Botswana, le Sud-Ouest africain/Namibie et l'Afrique du Sud pourraient chacun être représentés et au cours de laquelle le problème en question pourrait être réglé de façon définitive.»

Cet échange s'acheva par un télégramme des autorités botswanaises daté du 25 novembre 1986 et libellé comme suit:

> «Il n'a jamais été demandé à la commission mixte d'experts Botswana/Afrique du Sud de procéder à la démarcation d'une frontière internationale mais de «déterminer si le chenal principal du Chobe est situé au nord ou au sud de l'île de Sidudu». La commission mixte a confirmé ce qui existe depuis toujours dans les faits, à savoir que le chenal principal est situé au nord de l'île, et que c'est donc là que se trouve la frontière.
>
> Il est donc évident que les éclaircissements voulus ont été donnés sur la question, qu'ils satisfont aux exigences habituelles et qu'il n'est pas nécessaire d'en discuter davantage.»

67. Dans la présente instance, le Botswana soutient que la décision prise, en décembre 1984, de réaliser une étude conjointe, et l'ensemble des instruments en relation avec cette décision — y compris l'étude de juillet 1985 elle-même —, constituent un «accord intergouvernemental», «intervenu entre les parties au sujet ... de l'application» du traité de 1890, qui constate que la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu se situe dans le chenal nord du Chobe. Le Botswana précise notamment que «le droit international général n'assujettit la conclusion d'un accord international à aucune formalité particulière» et que «[l]e seul critère est l'intention des parties de conclure un accord qui les lie, intention qui peut être déduite des circonstances».

Namibia categorically denies that the discussions conducted between the Botswana and South African authorities in 1984-1985 led to an agreement on the boundary; it stresses in this connection that the July 1985 joint survey was not "self-executing" and was devoid of any legally binding status unless the parties concerned took the appropriate measures to confer such status upon it. Namibia points out that, once the United Nations General Assembly had terminated South Africa's mandate over South West Africa in 1966, neither South Africa nor Botswana could in any case conclude any kind of agreement on the boundaries of this territory.

68. Having examined the documents referred to above, the Court cannot conclude therefrom that in 1984-1985 South Africa and Botswana had agreed on anything more than the despatch of the joint team of experts. In particular, the Court cannot conclude that the two States agreed in some fashion or other to recognize themselves as legally bound by the results of the joint survey carried out in July 1985. Neither the record of the meeting held in Pretoria on 19 December 1984 nor the experts' terms of reference serve to establish that any such agreement was reached. Moreover, the subsequent correspondence between the South African and Botswana authorities appears to deny the existence of any such agreement: in its Note of 4 November 1985 (see paragraph 65 above), Botswana called upon South Africa to accept the survey conclusions; not only did South Africa fail to accept them but on several occasions it emphasized the need for Botswana to negotiate and agree on the question of the boundary with the relevant authorities of South West Africa/Namibia, or indeed of the future independent Namibia.

69. The Court has reached the conclusion that there was no agreement between South Africa and Botswana "regarding the . . . application of the [1890 Treaty]". This is in itself sufficient to dispose of the matter. It is unnecessary to add that in 1984 and 1985 the two States had no competence to conclude such an agreement, since at that time the United Nations General Assembly had already terminated South Africa's Mandate over South West Africa by resolution 2145 (XXI) of 27 October 1966, and the Security Council had approved that measure by resolution 276 (1970) of 30 January 1970. The Court itself, in its Advisory Opinion of 21 June 1971 on the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, stated the following in this regard:

> "(1) . . . the continued presence of South Africa in Namibia being illegal, South Africa is under obligation to withdraw its administration from Namibia immediately and thus put an end to its occupation of the Territory;
>
> . . . .
>
> (2) . . . States Members of the United Nations are under obligation

La Namibie nie catégoriquement que les discussions menées entre les autorités botswanaises et sud-africaines en 1984 et 1985 aient conduit à un accord sur la frontière; elle fait notamment valoir à cet égard que l'étude conjointe de juillet 1985 n'était pas «auto-exécutoire» et qu'elle demeurait dépourvue de tout caractère juridiquement contraignant tant que les parties ne prenaient pas les mesures appropriées pour lui conférer un tel caractère. La Namibie souligne qu'en tout état de cause ni l'Afrique du Sud ni le Botswana ne pouvaient, après que l'Assemblée générale des Nations Unies eut mis fin, en 1966, au mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain, conclure un quelconque accord sur les frontières de ce territoire.

68. De l'examen des documents précités, la Cour ne peut conclure que, en 1984 et 1985, l'Afrique du Sud et le Botswana se seraient accordés sur davantage que l'envoi de la commission mixte d'experts. La Cour ne peut en particulier conclure que les deux Etats se seraient accordés d'une manière ou d'une autre pour se reconnaître juridiquement liés par les résultats du levé conjoint effectué en juillet 1985. Ni les procès-verbaux de la réunion tenue à Pretoria le 19 décembre 1984 ni les termes du mandat confié aux experts ne permettent d'établir un tel accord. Bien plus, la correspondance que les autorités sud-africaines et botswanaises ont échangée par la suite apparaît démentir l'existence de tout accord en ce sens: dans sa note verbale du 4 novembre 1985 (voir paragraphe 65 ci-dessus), le Botswana a invité l'Afrique du Sud à accepter les conclusions des experts; non seulement l'Afrique du Sud n'a pas donné cette acceptation, mais elle a, à plusieurs reprises, insisté sur la nécessité pour le Botswana de négocier et de s'entendre sur la question de la frontière avec les autorités compétentes du Sud-Ouest africain/Namibie, voire de la future Namibie indépendante.

69. La Cour est parvenue à la conclusion qu'il n'y a pas eu, entre l'Afrique du Sud et le Botswana, d'accord «au sujet de ... l'application [du traité]» de 1890. Cette conclusion se suffit à elle-même. La Cour n'a pas besoin d'y ajouter le fait que ces deux Etats n'avaient pas compétence en 1984 et 1985 pour conclure un tel accord, car l'Assemblée générale des Nations Unies avait déjà, à l'époque considérée, mis fin au mandat de l'Afrique du Sud sur le Sud-Ouest africain par sa résolution 2145 (XXI) du 27 octobre 1966 et le Conseil de sécurité avait approuvé cette mesure par sa résolution 276 (1970) du 30 janvier 1970. La Cour elle-même, dans son avis consultatif du 21 juin 1971 sur les *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, s'était à cet égard exprimée comme suit:

> «1) ... la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie étant illégale, l'Afrique du Sud a l'obligation de retirer immédiatement son administration de la Namibie et de cesser ainsi d'occuper le territoire;
>
> . . . .
>
> 2) ... les Etats Membres des Nations Unies ont l'obligation de

> to recognize the illegality of South Africa's presence in Namibia and the invalidity of its acts on behalf of or concerning Namibia, and to refrain from any acts and in particular any dealings with the Government of South Africa implying recognition of the legality of . . . such presence and administration" (*I.C.J. Reports 1971*, p. 58, para. 133).

Furthermore, the evidence indicates that the Botswana Government's preliminary contacts with the President of the United Nations Council for Namibia and the United Nations Commissioner for Namibia with a view to obtaining their approval prior to the Pretoria meeting of 19 December 1984 were not pursued further, and did not have the result sought by Botswana.

70. Nor does the Court need to examine any further Botswana's alternative argument that, even if the 1984-1985 "agreement" was invalid, it had been "adopted" by Namibia, first before the Joint Team of Technical Experts in 1994, then before the Court itself. The Court need only observe that no such "adoption" by Namibia has been established.

*

71. In the proceedings Namibia, too, invoked in support of its arguments the subsequent practice of the parties to the 1890 Treaty. In its Memorial it contended that this conduct

> "is relevant to the present controversy in three distinct ways. In the first place, it corroborates the interpretation of the Treaty . . . Second, it gives rise to a second and entirely independent basis for Namibia's claim under the doctrines concerning acquisition of territory by prescription, acquiescence and recognition. Finally, the conduct of the parties shows that Namibia was in possession of the Island at the time of termination of colonial rule, a fact that is pertinent to the application of the principle of *uti possidetis*."

At the hearings Namibia stressed that "its primary claim is that its title is treaty-based", the claim "of prescription [being] asserted in the alternative"; and it argued in this regard that

> "the very meaning of the ability to plead in the alternative is that each claim is to be considered in its own right, and no inference is to be taken against one claim because an inconsistent claim has been pleaded".

The subsequent practice relied on by Namibia consists of

> reconnaître l'illégalité de la présence de l'Afrique du Sud en Namibie et le défaut de validité des mesures prises par elle au nom de la Namibie ou en ce qui la concerne, et de s'abstenir de tous actes et en particulier de toutes relations avec le Gouvernement sud-africain qui impliqueraient la reconnaissance de la légalité de cette présence et de cette administration» (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 58, par. 133).

Il ressort au demeurant du dossier que les contacts préliminaires que le Gouvernement botswanais a eus avec le président du conseil des Nations Unies pour la Namibie et le commissaire des Nations Unies pour la Namibie en vue d'obtenir leur accord avant la rencontre de Pretoria du 19 décembre 1984 n'ont eu aucune suite et n'ont pas eu le résultat recherché par le Botswana.

70. La Cour n'a pas davantage à se pencher sur l'argument développé à titre subsidiaire par le Botswana, selon lequel, même si l'«accord» de 1984-1985 avait été invalide, il aurait été «avalisé» par la Namibie, d'abord devant la commission mixte d'experts en 1994, puis devant la Cour elle-même. Il suffira à la Cour de faire observer à cet égard qu'un tel «aval» de la Namibie n'a pas été établi.

*

71. Dans l'instance, la Namibie a elle aussi invoqué, à l'appui de ses thèses, la conduite ultérieure des parties au traité de 1890. Dans son mémoire, elle a soutenu que cette conduite

> «est pertinente dans la présente controverse pour trois raisons distinctes. En premier lieu, elle corrobore l'interprétation du traité ... En deuxième lieu, elle constitue un deuxième fondement totalement distinct de la revendication de la Namibie en vertu des doctrines concernant l'acquisition de territoires par prescription, acquiescement et reconnaissance. Et, en dernier lieu, la conduite des parties montre que la Namibie était en possession de l'île à l'époque où il a été mis fin au régime colonial, fait qui est pertinent pour l'application du principe de l'*uti possidetis*.»

A l'audience, la Namibie a souligné que «sa thèse principale est que son titre est d'origine conventionnelle», l'argument «de la prescription [n'étant] avancé qu'à titre subsidiaire»; et elle a précisé que

> «l'objet même de la faculté de plaider une thèse puis une autre à titre subsidiaire est que chacune des thèses doit être considérée pour ce qu'elle vaut et que l'on ne peut tirer aucune conclusion à l'encontre d'une thèse au seul motif qu'une thèse divergente a également été plaidée».

Selon la Namibie, la conduite ultérieure sur laquelle elle se fonde consiste dans

> "[t]he control and use of Kasikili Island by the Masubia of Caprivi, the exercise of jurisdiction over the Island by the Namibian governing authorities, and the silence by Botswana and its predecessors persisting for almost a century with full knowledge of the facts . . ."

Namibia contends that the members of the Masubia tribe — a people from the eastern part of the Caprivi Strip — had a "continued presence" on the Island at least between 1890 and the late 1940s. Citing various official documents, explorers' accounts and testimony of witnesses, it states that: "from the beginning of the colonial period at least, and probably a good deal further back than that, Kasikili Island was agricultural land cultivated by the people occupying what is now the Eastern Caprivi"; that "[t]heir occupation was continuous, exclusive and uninterrupted, in so far as the physical conditions of the Island allowed"; and that "Kasikili Island/Kasika [a Caprivi village] was a well organized village community, with a chief and at times with a school — its centre of gravity moving from one pole to the other in accordance with the dictates of the annual flood". According to Namibia, Germany from 1909, then its successors after 1915, incorporated the local institutions of the Masubia into the structure of colonial governance, using them as instruments for exercising their authority. The Masubia thus constituted a key component of the system of "indirect rule" which prevailed in the region. Namibia emphasizes that all these facts were known to the Bechuanaland authorities just across the Chobe, in Kasane, and that they made no objection or protest, at least until the late 1940s. And Namibia concludes that:

> "[t]he continued control and use of Kasikili Island by the people of the Eastern Caprivi, the exercise of jurisdiction over the Island by the governing authorities in the Caprivi Strip, and the continued silence of those on the other side of the Chobe . . . confirm the interpretation of the Treaty . . . [whereby] Article III . . . attributes Kasikili Island to Namibia".

72. Botswana, for its part, observes that

> "[t]he Namibian argument based upon subsequent conduct of the parties rests upon extraordinarily weak foundations, both in conceptual and in factual terms. The conceptual foundations are weak because in truth, the 'subsequent conduct' argument of Namibia is an argument grounded in acquisitive prescription. Thus, subsequent conduct, which relates to an existing legal instrument, is opposed to prescription, the purpose of which is to destroy and to supplant a pre-existing title."

It does not dispute that people from the Caprivi at times used the Island for agricultural purposes, but it stresses the sporadic nature of that use

> «[l]e contrôle et l'utilisation de l'île de Kasikili par les Masubia de la bande du Caprivi, l'exercice de la juridiction sur l'île par les autorités responsables namibiennes et le silence gardé par le Botswana et ses prédécesseurs pendant près d'un siècle en pleine connaissance de cause...»

La Namibie expose que les membres de la tribu des Masubia — tribu de la partie orientale de la bande de Caprivi — ont assuré une «présence continue» sur l'île au moins entre 1890 et la fin des années quarante. Elle précise, en excipant d'un certain nombre de documents officiels, de récits d'explorateurs et de dépositions de témoins, que «depuis le début de la période coloniale au moins et probablement bien avant celle-ci, l'île de Kasikili était ... un territoire agricole cultivé par les peuples occupant ce qui constitue aujourd'hui le Caprivi oriental»; que «[l]eur occupation était continue, exclusive et ininterrompue dans la mesure où les conditions matérielles sur l'île le permettaient»; et que «[l']île de Kasikili et Kasika [village du Caprivi] formaient une communauté villageoise bien organisée, dotée d'un chef et disposant à certaines époques d'une école, dont le centre de gravité se déplaçait d'un endroit à l'autre en fonction de ce que dictait la crue annuelle». D'après la Namibie, l'Allemagne, dès 1909, puis ses successeurs, après 1915, incorporèrent les institutions locales des Masubia au régime d'administration coloniale en se servant de ces institutions comme rouages pour exercer leur autorité. Les Masubia constituaient ainsi un élément-clef du système d'«administration indirecte» qui prévalait dans la région. La Namibie souligne que tous ces faits étaient connus des autorités du Bechuanaland installées juste de l'autre côté du Chobe, à Kasane, et que celles-ci n'ont élevé ni objections, ni protestations, au moins jusqu'à la fin des années quarante. Et la Namibie de conclure:

> «[l]e maintien du contrôle et de l'utilisation de l'île de Kasikili par les habitants du Caprivi oriental, l'exercice de la juridiction sur l'île par les autorités gouvernant la bande de Caprivi et le silence constant de ceux qui demeuraient de l'autre côté du Chobe ... confirment l'interprétation du traité [selon laquelle son] article III attribue ... l'île de Kasikili à la Namibie».

72. Le Botswana, pour sa part, fait observer que

> «[l]a thèse développée par la Namibie sur la base de la conduite ultérieure des parties repose sur des fondements extrêmement peu solides du point de vue aussi bien conceptuel que factuel. L'assise conceptuelle est faible parce que «la conduite ultérieure» invoquée par la Namibie est en vérité un argument reposant sur la prescription acquisitive. La conduite ultérieure, qui est liée à un instrument juridique existant, s'oppose à la prescription, qui a pour objet de défaire et de remplacer un titre préexistant.»

Il ne conteste pas qu'à certains moments des habitants du Caprivi se soient servis de l'île à des fins agricoles, mais il souligne le caractère spo-

and claims that the same applied to people living on the other side of the Chobe, in Bechuanaland. At all events, Botswana denies categorically that there was ever a permanent settlement or a village on Kasikili/Sedudu Island. And it concludes that the Eason Report of 1912, the diplomatic transactions of 1948 to 1951, and other pieces of evidence "all . . . establish conclusively that in administrative terms the Island always formed part of Botswana and its predecessor, the Bechuanaland Protectorate".

73. At this point in its Judgment, the Court will not examine Namibia's argument concerning prescription (see in this respect paragraphs 90-99 below). It will merely seek to ascertain whether the long-standing, unopposed, presence of Masubia tribespeople on Kasikili/Sedudu Island constitutes "subsequent practice in the application of the [1890] treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation" (1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 31, para. 3 *(b)*).

74. To establish such practice, at least two criteria would have to be satisfied: first, that the occupation of the Island by the Masubia was linked to a belief on the part of the Caprivi authorities that the boundary laid down by the 1890 Treaty followed the southern channel of the Chobe; and, second, that the Bechuanaland authorities were fully aware of and accepted this as a confirmation of the Treaty boundary.

While it is true that the early maps of the region placed the boundary around Kasikili/Sedudu Island in the southern channel of the Chobe, none of them officially interpreted the 1890 Treaty (see paragraph 84 below), and the evidence would tend rather to suggest that the boundary line was shown as following the southern channel as a result of the intermittent presence on the Island of people from the Caprivi Strip. However, there is nothing that shows, in the opinion of the Court, that this presence was linked to territorial claims by the Caprivi authorities. It is, moreover, not uncommon for the inhabitants of border regions in Africa to traverse such borders for purposes of agriculture and grazing, without raising concern on the part of the authorities on either side of the border.

Furthermore, the Court is mindful that, already in 1912, when Great Britain was concerned with determining the boundary of the Bechuanaland Protectorate in the area in question, Captain Eason of the Bechuanaland police stated that "the North should be claimed as the main channel" of the Chobe around Kasikili/Sedudu Island (which, in view of the terms of the 1890 Treaty, placed the Island in Bechuanaland territory), while at the same time observing — without apparently seeing this as being in any way a problem — that "[t]he natives living at Kasika in German territory [we]re . . . growing crops on it" (see paragraph 53 above). There were similar statements in the Trollope-Redman Report of 19 January 1948, in which the two officials expressed the view that "the 'main channel' lies in the waterway which would include the island in question

radique de cet usage et prétend qu'il en allait de même des populations qui vivaient de l'autre côté du Chobe, au Bechuanaland. Le Botswana nie en tous cas catégoriquement qu'il y ait jamais eu un établissement permanent ou un village sur l'île de Kasikili/Sedudu. Et il conclut que le rapport Eason de 1912, les négociations diplomatiques de 1948 à 1951 et d'autres éléments encore «démontrent tous de façon concluante que l'île a toujours fait partie, du point de vue administratif, du Botswana et de son prédécesseur, le protectorat du Bechuanaland».

73. A ce stade de sa décision, la Cour n'a pas à se pencher sur l'argument namibien relatif à la prescription (voir à cet égard les paragraphes 90 à 99 ci-après). Elle se contentera de rechercher si la présence très ancienne, et qui n'a pas soulevé d'objections, de membres de la tribu des Masubia sur l'île de Kasikili/Sedudu est constitutive d'une «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité [de 1890] par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité» (convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, art. 31, par. 3 *b*)).

74. Pour qu'une telle pratique puisse être démontrée, il faudrait au moins que deux éléments soient établis: d'une part, que l'occupation de l'île par les Masubia ait participé de la conviction des autorités du Caprivi que la frontière fixée par le traité de 1890 suivait le chenal sud du Chobe; et d'autre part, que ce fait ait été pleinement connu et accepté par les autorités du Bechuanaland comme confirmant la frontière fixée par le traité.

Certes, les premières cartes de la région figuraient la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu dans le chenal sud du Chobe; mais aucune de ces cartes n'interprétait officiellement le traité de 1890 (voir paragraphe 84 ci-après), et il semble plutôt ressortir du dossier de l'affaire que, si la ligne frontière avait été figurée dans le chenal sud, c'était compte tenu de la présence intermittente sur l'île de populations venues de la bande de Caprivi. En revanche, rien ne montre, de l'avis de la Cour, que cette présence ait eu un lien avec des prétentions territoriales des autorités capriviennes. Il n'est d'ailleurs pas inhabituel que les habitants de régions frontalières en Afrique traversent les frontières en question, pour des raisons liées à l'agriculture ou au pacage, sans que les autorités d'un côté ou de l'autre de ces frontières s'en alarment.

Par ailleurs, la Cour ne perd pas de vue que, dès 1912, alors que la Grande-Bretagne se préoccupait de déterminer la frontière de son protectorat du Bechuanaland dans la région, le capitaine Eason, de la police du Bechuanaland, a affirmé que «le chenal nord [devait] être considéré comme le chenal principal» du Chobe autour de l'île de Kasikili (ce qui, vu les termes du traité de 1890, plaçait l'île en territoire du Bechuanaland), tout en indiquant — sans apparemment y voir le moindre problème — que «[l]es autochtones qui viv[aient] à Kasika, en territoire allemand, y prati-qu[aient] ... la culture» (voir paragraphe 53 ci-dessus). Des constatations similaires ont été consignées dans le rapport Trollope-Redman du 19 janvier 1948; les deux administrateurs y estimaient que «le «chenal principal» se situ[ait] dans la voie d'eau qui englob[ait] l'île en question dans le

in the Bechuanaland Protectorate"; at the same time, they noted that "use ha[d] been made of the Island by Eastern Caprivi Zipfel tribesmen" without objection from Bechuanaland (see paragraph 57 above). Finally, the joint survey report on the Chobe drawn up by South African and Botswanan experts on 15 July 1985 in the context of discussions on the location of the boundary around Kasikili/Sedudu Island noted that "[l]ivestock from Caprivi [we]re swum across the river when grazing on the Caprivi side [wa]s poor"; at the same time it suggested that "visits to the Island had, in recent years, become infrequent" (see paragraph 64 above). It would therefore seem that, as far as Bechuanaland, and subsequently Botswana, were concerned, the intermittent presence of the Masubia on the Island did not trouble anyone and was tolerated, not least because it did not appear to be connected with interpretation of the terms of the 1890 Treaty.

75. The Court concludes from the foregoing that the peaceful and public use of Kasikili/Sedudu Island, over a period of many years, by Masubia tribesmen from the Eastern Caprivi does not constitute "subsequent practice in the application of the [1890] treaty" within the meaning of Article 31, paragraph 3 *(b)*, of the Vienna Convention on the Law of Treaties.

*

76. Botswana and Namibia also cite various other facts and incidents from which they seek to derive evidence of subsequent practice by the parties to the 1890 Treaty.

Thus Botswana asserts that Kasikili/Sedudu Island forms part of the Chobe National Park established in 1967 and, before that, was part of the Chobe Game Reserve created in 1960. According to Botswana, the use of the international boundary as the northern limit of the Game Reserve, and subsequently of the National Park, in the documents relating to their establishment necessarily had the effect of including Kasikili/Sedudu Island within them.

Botswana also relies on an affidavit and report by a witness concerning a visit to Kasane in 1972 by the then Botswana Head of State; from this it seeks to imply that he may have visited the Island as well, while at the same time acknowledging that there is no direct evidence that he actually did so.

77. Namibia, for its part, places reliance on an incident occurring during the same period. It states that three or four Caprivians were arrested on the Island by Botswana game wardens for poaching and released by a Botswana magistrate after a five-day detention, on the grounds that they had been arrested outside Botswana's jurisdiction. Namibia regards this as an acknowledgment by a Botswanan official of Namibian sovereignty over the Island.

protectorat du Bechuanaland»; en même temps, ils prenaient acte de ce que «l'île [était] utilisée par les membres des tribus de la partie orientale de la bande de Caprivi» sans objection du Bechuanaland (voir paragraphe 57 ci-dessus). Enfin, le rapport d'étude conjointe sur le Chobe, établi par des experts de l'Afrique du Sud et du Botswana le 15 juillet 1985 dans le cadre de discussions sur le cours de la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu, faisait état de ce que «[l]e bétail du Caprivi traver[sait] le fleuve à la nage lorsque le pâturage fai[sait] défaut du côté du Caprivi»; en même temps, il laissait entendre que «les séjours sur l'île étaient devenus plus rares au cours des dernières années» (voir paragraphe 64 ci-dessus). Il semble par conséquent que, du côté du Bechuanaland, puis du Botswana, la présence intermittente des Masubia sur l'île n'ait inquiété personne et ait été tolérée, à tout le moins, parce qu'elle n'apparaissait pas liée à une interprétation des termes du traité de 1890.

75. La Cour conclut de ce qui précède que l'utilisation paisible et ouverte, pendant des années, de l'île de Kasikili/Sedudu par les membres de la tribu des Masubia du Caprivi oriental n'est pas constitutive d'une «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité» de 1890, au sens de l'alinéa *b)* du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités.

*

76. Le Botswana et la Namibie font encore état de divers autres faits et incidents dont ils entendent tirer des preuves d'une pratique ultérieure des parties au traité de 1890.

Ainsi, le Botswana affirme que l'île de Kasikili/Sedudu fait partie du parc national du Chobe créé en 1967 et faisait partie auparavant de la réserve animalière instituée en 1960. Selon le Botswana, l'utilisation de la frontière internationale comme limite septentrionale de la réserve animalière, puis du parc national, par les textes qui les ont institués avait obligatoirement pour effet d'y inclure l'île de Kasikili/Sedudu.

Le Botswana invoque en outre une déclaration sous serment et un rapport d'un même témoin faisant état de la visite à Kasane, en 1972, du chef de l'Etat botswanais de l'époque; le Botswana tente d'en conclure que ce dernier pourrait s'être rendu également dans l'île, tout en reconnaissant qu'il n'y a pas de preuve directe que tel ait été effectivement le cas.

77. La Namibie, pour sa part, attache une certaine importance à un incident survenu à la même époque. Elle expose que des gardes botswanais avaient appréhendé trois ou quatre Capriviens dans l'île, sous le chef de braconnage, et que ceux-ci furent relâchés par un magistrat du Botswana, après une détention de cinq jours, au motif qu'ils avaient été arrêtés sur un territoire qui ne relevait pas de la juridiction du Botswana. La Namibie y voit une reconnaissance, par un fonctionnaire du Botswana, de la souveraineté namibienne sur l'île.

78. In the Court's view, these additional facts and incidents cited by the Parties cannot be regarded as representing "subsequent practice in the application of the [1890] treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation" (1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 31, para. 3 *(b)*).

The documents establishing the Chobe Game Reserve and the Chobe National Park to which Botswana refers are internal documents, which, moreover, contain no express reference to Kasikili/Sedudu Island. Furthermore, Botswana itself recognizes that it has not been established that the Botswana Head of State visited the Island in 1972. As regards the incident cited by Namibia, it appears to be insufficiently proven.

*

79. The Court concludes from all of the foregoing that the subsequent practice of the parties to the 1890 Treaty did not result in any "agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions", within the meaning of Article 31, paragraph 3 *(a)*, of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, nor did it result in any "practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation", within the meaning of subparagraph *(b)* of that same provision.

80. However, the Court is bound to note that on at least three occasions, at different periods — in 1912, in 1948 and in 1985 — surveys carried out on the ground identified the channel of the Chobe to the north and west as the "main channel" of the river around Kasikili/Sedudu Island. The factual findings that the parties concerned arrived at separately in 1948 were expressed in concurrent terms in a joint report. In addition, the survey made in 1985 was conducted jointly by the parties then concerned. The factual findings made on these occasions were not, as such, disputed at the time. The Court finds that these facts, while not constituting subsequent practice by the parties in the interpretation of the 1890 Treaty, nevertheless support the conclusions which it has reached by interpreting Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms (see paragraph 41 above).

* * *

81. Both Parties have submitted in evidence in support of their respective positions a large number of maps, dating back as far as 1880. Most of the early maps are of German origin (in particular, the maps of Seiner (1909), Streitwolf (1910) and Frankenberg (1912)); there are, however, others of British origin (such as the Bradshaw map (1880), the map attached to the Eason Report (1912) and those contained in Colonial

78. De l'avis de la Cour, ces faits et incidents additionnels invoqués par les Parties ne sauraient être regardés comme constitutifs d'une «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité [de 1890] par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité» (convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, art. 31, par. 3 *b)*).

En effet, les textes instituant la réserve animalière et le parc national du Chobe, auxquels le Botswana se réfère, constituent des documents internes qui, de surcroît, ne font pas expressément référence à l'île de Kasikili/Sedudu. Par ailleurs, le Botswana reconnaît lui-même qu'il n'est pas établi que le chef de l'Etat botswanais se serait rendu sur l'île en 1972. Quant à l'incident mentionné par la Namibie, il apparaît insuffisamment prouvé.

*

79. La Cour conclut de tout ce qui précède que la conduite ultérieure des parties au traité de 1890 n'a donné lieu à aucun «accord ... entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions», au sens de l'alinéa *a)* du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, et qu'elle n'a pas davantage donné lieu à une quelconque «pratique ... suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité», au sens de l'alinéa *b)* de cette même disposition.

80. Toutefois, la Cour ne peut manquer de noter que, à pas moins de trois reprises et à des époques différentes — en 1912, en 1948 et en 1985 —, les levés effectués sur le terrain ont désigné le chenal nord et ouest du Chobe comme constituant le «chenal principal» du fleuve autour de l'île de Kasikili/Sedudu. Les constatations auxquelles les parties concernées ont procédé séparément en 1948 sont exprimées en termes concordants dans un rapport conjoint. Par ailleurs, l'étude réalisée en 1985 l'a été conjointement par les parties alors intéressées. Les faits consignés à ces occasions n'ont, comme tels, pas été contestés à l'époque. La Cour estime que ces faits, même s'ils ne constituent pas une «pratique ultérieure» des parties au traité de 1890 quant à l'interprétation de celui-ci, n'en étayent pas moins les conclusions auxquelles elle est parvenue en interprétant le paragraphe 2 de l'article III du traité suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes (voir paragraphe 41 ci-dessus).

* * *

81. Chacune des deux Parties a produit comme éléments de preuve à l'appui de ses thèses un grand nombre de cartes, qui remontent jusqu'à 1880. Les cartes les plus anciennes, pour la plupart, sont d'origine allemande (il s'agit en particulier des cartes de Seiner (1909), Streitwolf (1910) et Frankenberg (1912)); il en est toutefois aussi d'origine britannique (telle que la carte Bradshaw (1880), la carte jointe au rapport

Office Reports published between 1912 and 1915). The more recent maps include some prepared by the British (one of which, a map of Bechuanaland compiled by the War Office in 1933, became the basis for several subsequent maps), some produced by South Africa (including a 1949 map that served as an official map of the territory of South West Africa until Namibian independence), some published by Botswana after independence and one from the United Nations.

82. Namibia points out that the majority of the maps submitted in these proceedings, even those emanating from British colonial sources and intended to show the boundaries of Bechuanaland, tend to place the boundary around Kasikili/Sedudu Island in the southern channel. Namibia relies on this as "a specialized form of 'subsequent practice' and . . . also an aspect both of the exercise of jurisdiction and the acquiescence in it that matures into prescriptive title". Namibia places particular weight in this respect on the 1933 War Office map entitled "Bechuanaland Protectorate Sheet 2 1 : 500,000 GSGS 3915"; it claims that this map was in general use in Bechuanaland until 1965, and that, like other official maps dating from the last three decades of British rule in Bechuanaland, it excludes the Island from the territory of the Protectorate. Namibia also relies in this regard on the Court's decision in the *Temple of Preah Vihear* case, where it was held that acceptance by the parties to a treaty of a map showing a boundary may constitute an interpretation that departs from the express terms of that treaty (Judgment of 15 June 1962 (Merits), *I.C.J. Reports 1962*, pp. 6 *et seq.*). Namibia then concludes:

> "This substantially unbroken practice by all three of the parties most closely concerned with the boundary between Botswana and Namibia — Germany, Great Britain and South Africa — strongly substantiates Namibia's contention as to the proper interpretation of Article III (2) of the 1890 Treaty. At the same time, it lends significant support to Namibia's claim of sovereignty over the Island by virtue of the doctrine of prescription and the principle of *uti possidetis*."

83. Botswana for its part places less reliance on maps, pointing out, *inter alia*, that most of the early maps show too little detail, or are too small in scale, to be of value in this case. Botswana asserts, however, that the available maps and sketches indicate that, from the time the Chobe was surveyed with any particularity by European explorers from the 1860s onwards, a north channel around the Island was known and regularly depicted. It cites the Bradshaw map of 1880, the Frankenberg map of 1912 and Captain Eason's map of 1912 as clearly indicating the presence of the northern and western channel in a manner closely similar to its present configuration. Botswana does not, however, attempt to

Eason (1912) ou celles qui figurent dans les *Colonial Office Reports* publiés entre 1912 et 1915). Parmi les cartes plus récentes, on trouve diverses cartes britanniques (dont une carte du Bechuanaland dressée par le War Office en 1933, qui a servi de base à l'établissement de plusieurs cartes ultérieures) et sud-africaines (parmi lesquelles une carte dressée en 1949, qui a servi de carte officielle du territoire du Sud-Ouest africain jusqu'à l'accession de la Namibie à l'indépendance), ainsi que des cartes publiées par le Botswana après son accession à l'indépendance et une carte de l'Organisation des Nations Unies.

82. La Namibie souligne que la majeure partie des cartes produites dans l'instance, même celles qui proviennent de sources coloniales britanniques et qui ont pour objet de figurer les frontières du Bechuanaland, tendent à indiquer que la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu se trouve dans le chenal sud du Chobe. La Namibie y voit «une forme spéciale de «pratique ultérieurement suivie» et ... aussi un aspect de l'exercice de la compétence et de l'acquiescement à celle-ci qui aboutit à l'acquisition d'un titre par prescription». A cet égard la Namibie attribue un poids particulier à la carte de 1933 du War Office, intitulée «Bechuanaland Protectorate Sheet 2 1:500,000 GSGS 3915»; elle soutient que cette carte était d'un usage général au Bechuanaland jusqu'en 1965 et que, de même que d'autres cartes officielles remontant aux trois dernières décennies de l'administration britannique au Bechuanaland, elle excluait l'île du territoire du protectorat. La Namibie invoque également, dans ce contexte, la jurisprudence de la Cour dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, selon laquelle l'acceptation, par les parties à une convention, d'une carte figurant une frontière peut constituer une interprétation de cette convention dérogeant à ses termes exprès (arrêt du 15 juin 1962 (fond), *C.I.J. Recueil 1962*, p. 6 et suiv.). Et la Namibie de conclure:

> «La thèse avancée par la Namibie quant à l'interprétation qu'il convient de donner au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890 trouve un solide appui dans cette pratique quasi ininterrompue suivie par les trois parties intéressées au premier chef par la frontière entre le Botswana et la Namibie, à savoir l'Allemagne, la Grande-Bretagne et l'Afrique du Sud. Et cette pratique vient aussi conforter largement la revendication de souveraineté de la Namibie sur l'île en vertu de la doctrine de la prescription et du principe de l'*uti possidetis*.»

83. Pour sa part, le Botswana attache une importance moindre aux cartes, et relève notamment que la plupart des cartes anciennes sont trop peu détaillées, ou d'une échelle trop petite, pour être utiles en l'espèce. Le Botswana fait cependant valoir que les cartes et les croquis disponibles montrent que dès l'époque où des explorateurs européens ont procédé à un levé un tant soit peu détaillé du Chobe, à partir des années 1860 et par la suite, un chenal nord autour de l'île était connu et régulièrement représenté. Il cite la carte Bradshaw de 1880, la carte Frankenberg de 1912 et la carte du capitaine Eason de 1912 comme indiquant clairement la présence du chenal nord et ouest d'une façon très similaire à sa configuration

demonstrate that this places the boundary in the northern channel. Rather, its overall position is that the map evidence is far less consistent in placing the boundary in the southern channel than Namibia claims. At the hearings, Botswana argued that, when accuracy, the precise location of the boundary, and the fact of mere copying all are taken into account, one is left with three maps showing the boundary in the northern channel and only two in the southern channel (the 1933 British GSGS 3915 map, and the 1949 South African map). Botswana further asserts that there are technical problems with the latter two. As a consequence, it disputes Namibia's assertion that a preponderance of maps show the boundary to be in the southern channel. In Botswana's view, the Court should look for a map that shows agreement of the Parties — and that is to be found in the map attached to the Joint Survey of 1985 (see paragraph 64 above), which shows the boundary between South Africa and Botswana to lie in the northern channel of the Chobe.

84. The Court will begin by recalling what the Chamber dealing with the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* case had to say on the evidentiary value of maps:

> "maps merely constitute information which varies in accuracy from case to case; of themselves, and by virtue solely of their existence, they cannot constitute a territorial title, that is, a document endowed by international law with intrinsic legal force for the purpose of establishing territorial rights. Of course, in some cases maps may acquire such legal force, but where this is so the legal force does not arise solely from their intrinsic merits: it is because such maps fall into the category of physical expressions of the will of the State or States concerned. This is the case, for example, when maps are annexed to an official text of which they form an integral part. Except in this clearly defined case, maps are only extrinsic evidence of varying reliability or unreliability which may be used, along with other evidence of a circumstantial kind, to establish or reconstitute the real facts." (*I.C.J. Reports 1986*, p. 582, para. 54.)

As far as the present case is concerned, the Court notes that, according to Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty, "[t]he course of the . . . boundary is traced in general accordance with a Map officially prepared for the British Government in 1889". No boundary line is drawn on this map, and it was not annexed to the 1890 Treaty, although a slightly later version of it was subsequently bound up with this Treaty in the British Foreign Office archive, as being the map alluded to in Article III, paragraph 2. There is also a map entitled "Map to Illustrate Article III of the Anglo-German Agreement of 1st July 1890", published in 1909 in the third edition of Hertslet's *Map of Africa by Treaty*. While the Parties dif-

actuelle. Toutefois, le Botswana ne tente pas pour autant de démontrer que la frontière se trouverait de ce fait dans le chenal nord. Sa position générale est plutôt que le matériau cartographique place la frontière dans le chenal sud de façon bien moins systématique que la Namibie le prétend. A l'audience, le Botswana a soutenu que si l'on tient compte tout à la fois de l'exactitude des cartes, de l'emplacement précis de la frontière et du fait que certaines cartes ne sont que de simples copies, on ne trouve que trois cartes situant la frontière dans le chenal nord et deux seulement qui la situent dans le chenal sud (la carte britannique GSGS 3915 de 1933 et la carte sud-africaine de 1949). Le Botswana soutient en outre que ces deux dernières cartes soulèvent des problèmes techniques. Il conteste donc l'affirmation de la Namibie selon laquelle les cartes situent majoritairement la frontière dans le chenal sud. D'après le Botswana, la Cour devrait rechercher une carte qui traduise l'accord des Parties; un tel accord serait exprimé dans la carte annexée au rapport d'étude de 1985 (voir paragraphe 64 ci-dessus), qui situe la frontière entre l'Afrique du Sud et le Botswana dans le chenal nord du Chobe.

84. La Cour commencera par rappeler les termes dans lesquels la Chambre chargée de connaître de l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* s'est exprimée sur la valeur probante des cartes:

> «les cartes ne sont que de simples indications, plus ou moins exactes selon les cas; elles ne constituent jamais — à elles seules et du seul fait de leur existence — un titre territorial, c'est-à-dire un document auquel le droit international confère une valeur juridique intrinsèque aux fins de l'établissement des droits territoriaux. Certes, dans quelques cas, les cartes peuvent acquérir une telle valeur juridique mais cette valeur ne découle pas alors de leurs seules qualités intrinsèques: elle résulte de ce que ces cartes ont été intégrées parmi les éléments qui constituent l'expression de la volonté de l'Etat ou des Etats concernés. Ainsi en va-t-il, par exemple, lorsque des cartes sont annexées à un texte officiel dont elles font partie intégrante. En dehors de cette hypothèse clairement définie, les cartes ne sont que des éléments de preuve extrinsèques, plus ou moins fiables, plus ou moins suspects, auxquels il peut être fait appel, parmi d'autres éléments de preuve de nature circonstancielle, pour établir ou reconstituer la matérialité des faits.» (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 582, par. 54.)

Pour ce qui est du cas d'espèce, la Cour relève qu'aux termes du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890 «[l]e cours de la frontière décrite ci-dessus est tracé d'une façon générale d'après une carte officiellement établie pour le Gouvernement britannique en 1889». Aucun tracé de frontière n'est porté sur cette carte, qui n'a pas été annexée au traité de 1890, bien qu'une version légèrement postérieure de celle-ci ait été jointe par la suite à ce traité, dans les archives du Foreign Office, comme étant la carte visée au paragraphe 2 de l'article III. Il existe également une carte dénommée «Map to Illustrate Article III of the Anglo-German Agreement of 1st July 1890» («Carte illustrative de l'article III de l'accord

fer in their view of the precise origin of this map, they apparently agree that it does not depict any relevant information concerning the channels around Kasikili/Sedudu Island or the location of the boundary. The Court notes that there was no map appended to the 1890 Treaty officially expressing the intentions of Germany and Great Britain with regard to the course of the boundary between their respective possessions in the area.

85. Certainly it is true, as the Court has already stated, that maps published subsequently to the 1890 Treaty, in so far as they showed the boundary at all, for a number of years placed it in the channel of the Chobe passing to the south of the Island (this applies particularly to the above-mentioned 1933 Bechuanaland map and 1949 South African map). However, there was no indication that the placement of the boundary in these maps was meant to be in accordance with Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty; rather, its origins may be linked to the use of the Island by the Masubia, which the Court has already rejected as evidence of practice reflecting subsequent interpretation of Article III, paragraph 2, by the parties to the 1890 Treaty (see paragraphs 74 and 75 above).

Moreover, once the issue of the boundary in the area had been raised in 1947-1948, the local Caprivi and Bechuanaland officials agreed that "the 'main Channel' d[id] not follow the waterway . . . usually shown on maps as the boundary between the two Territories" (Trollope/Redman Report, see paragraph 57 above). Those officials duly passed on their views to their respective superiors, and the Court finds it not without relevance in this regard that, in his letter of 26 January 1948 to the Bechuanaland Government Secretary in Mafeking, Mr. Redman stated that according to the 1890 Treaty the boundary must run along the northern channel, and that the map showing the boundary in the southern channel was "inaccurate and . . . probably drawn by some-one who had not examined the river to determine the main Channel" (see paragraph 58 above). It is clear from the subsequent correspondence between the South African and Bechuanaland authorities (see paragraphs 59 and 60 above) that their differing positions on the status of Kasikili Island and the location of the boundary had by 1951 hardened to the point where a local *de facto* arrangement became necessary. The Court considers that, in the light of that disagreement, there cannot be any question of the authorities concerned having accepted the maps then available in a manner capable of constituting "subsequent practice in the application of the [1890] treaty", still less recognition of the boundary shown on those maps. To the contrary, it appears to the Court that the parties largely ignored the maps, which they regarded as either accurate or inaccurate according to their respective positions on the course of the boundary.

anglo-allemand du 1er juillet 1890»), qui a été publiée en 1909 dans la troisième édition de l'ouvrage de M. Hertslet intitulé *Map of Africa by Treaty*. Bien que les Parties ne s'entendent pas sur l'origine exacte de cette carte, elles paraissent s'accorder pour reconnaître que celle-ci ne fournit aucune information pertinente quant aux chenaux qui entourent l'île de Kasikili/Sedudu ou quant à l'emplacement de la frontière. La Cour constate donc qu'aucune carte n'a été jointe au traité de 1890, qui eût exprimé officiellement la volonté de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne quant au tracé de la frontière entre leurs possessions dans la région.

85. Certes, comme la Cour l'a déjà indiqué, les cartes publiées après la conclusion du traité de 1890, lorsqu'elles figuraient la frontière, l'ont placée pendant un certain nombre d'années dans le chenal sud du Chobe autour de l'île (ainsi en va-t-il surtout de la carte du Bechuanaland de 1933 et de la carte de l'Afrique du Sud de 1949 précitées). Toutefois, il n'y avait pas d'indication que cette représentation de la frontière fût dictée par les dispositions du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890; il se peut au contraire qu'à l'origine cette représentation ait été liée à l'utilisation de l'île par les Masubia, dans laquelle la Cour a refusé de voir un élément de pratique traduisant l'interprétation que les parties au traité de 1890 auraient ultérieurement donnée au paragraphe 2 de son article III (voir paragraphes 74 et 75 ci-dessus).

Bien plus, dès que la question de la frontière dans la région a été soulevée en 1947-1948, les administrateurs locaux du Caprivi et du Bechuanaland sont convenus que «le «chenal principal» ne sui[vait] pas la voie d'eau qui généralement [était] indiquée sur les cartes comme constituant la frontière entre les deux territoires» (rapport Trollope-Redman, voir paragraphe 57 ci-dessus). Ces administrateurs ont dûment transmis leurs vues à leurs autorités supérieures respectives et il n'est pas sans intérêt de noter à cet égard que, dans sa lettre du 26 janvier 1948 au secrétaire du gouvernement à Mafeking, M. Redman soulignait qu'aux termes du traité de 1890 la frontière ne pouvait que se situer dans le chenal nord, la carte figurant la frontière dans le chenal sud étant «inexacte et a[yant] probablement été dressée par quelqu'un qui n'avait pas examiné le fleuve pour en déterminer le chenal principal» (voir paragraphe 58 ci-dessus). Il ressort clairement des échanges de correspondance intervenus par la suite entre les autorités sud-africaines et celles du Bechuanaland (voir paragraphes 59 et 60 ci-dessus) que leurs divergences de vues sur le statut de l'île de Kasikili et l'emplacement de la frontière s'étaient figées, en 1951, au point de rendre nécessaire un arrangement local *de facto*. La Cour estime qu'au vu d'un tel désaccord, il n'est pas possible de prétendre qu'il pourrait y avoir eu, de la part des autorités en cause, une acceptation des cartes alors disponibles, qui aurait donné lieu à une «pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité» de 1890, voire à une reconnaissance de la frontière représentée sur ces cartes. Au contraire, il apparaît à la Cour que les parties se sont largement désintéressées des cartes, qu'elles regardaient comme exactes ou inexactes selon la position qu'elles avaient adoptée sur le cours de la frontière.

86. After Botswana's accession to independence, the relevant cartographic material shows greater variation, with certain maps (for example, the 1974 Botswana 1:50,000 map, the 1978 and 1982 official maps of the South African Ministry of Defence (JARIC) 1:100,000, the 1984 South Africa 1:50,000 map (the military intelligence version used by the South African army, with red overprint) and the 1984 Botswana 1:50,000 map) from then on placing the boundary around Kasikili/Sedudu Island in the Chobe's northern channel.

The Court will recall that this position was noted in the introduction to the 1985 Joint Survey Report and that the Botswana and South African experts concluded in this regard that "[t]he disparity in the depiction of the boundary between South African maps and those of Botswana ha[d] probably been a contributory factor in the recent border incident near Kasane" (see paragraph 64 above). The persistent uncertainty about the course of the boundary in the region — which led to the decision to undertake the 1985 Joint Survey — and the inconsistencies between maps preclude, in the Court's view, the possibility of there having been any kind of agreement, whether by way of interpretation of the 1890 Treaty or on any other basis, concerning the validity of any boundary depicted. The same is true of the subsequent period, when the dispute between Botswana and the newly independent Namibia crystalized.

87. In view of the absence of any map officially reflecting the intentions of the parties to the 1890 Treaty and of any express or tacit agreement between them or their successors concerning the validity of the boundary depicted in a map (cf. *Temple of Preah Vihear, Judgment, Merits, I.C.J. Reports 1962*, pp. 33-35), and in the light of the uncertainty and inconsistency of the cartographic material submitted to it, the Court considers itself unable to draw conclusions from the map evidence produced in this case. That evidence cannot therefore "endors[e] a conclusion at which a court has arrived by other means unconnected with the maps" (*Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), I.C.J. Reports 1986*, p. 583, para. 56), nor can it alter the results of the Court's textual interpretation of the 1890 Treaty.

* * *

88. The foregoing interpretation of the relevant provisions of the 1890 Treaty leads the Court to conclude that the boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island provided for in this Treaty lies in the northern channel of the Chobe River.

89. According to the English text of the Treaty, this boundary follows the "centre" of the main channel; the German text uses the word "thalweg". The Court has already indicated that the parties to the 1890 Treaty intended these terms to be synonymous and that Botswana and Namibia

86. Après l'accession du Botswana à l'indépendance, le matériau cartographique pertinent est devenu plus hétérogène, puisque certaines cartes (telles la carte du Botswana au 1/50 000 de 1974, les cartes officielles du ministère sud-africain de la défense (JARIC) au 1/100 000 de 1978 et 1982, la carte de l'Afrique du Sud au 1/50 000 de 1984 (version des services de renseignements militaires, utilisée par l'armée sud-africaine, avec surimpression en rouge) et la carte du Botswana au 1/50 000 de 1984) représentaient désormais la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu dans le chenal nord du Chobe.

La Cour rappellera que cet état de choses a été noté dans l'introduction au rapport d'étude conjointe de 1985, les experts botswanais et sud-africains en concluant que «[l]a divergence dans la description de la frontière entre les cartes de l'Afrique du Sud et celles du Botswana a[vait] probablement contribué au dernier incident de frontière près de Kasane» (voir paragraphe 64 ci-dessus). Les incertitudes persistantes sur le tracé de la frontière dans la région, qui sont à l'origine de la décision de procéder au levé conjoint de 1985, et les contradictions entre cartes, excluent, de l'avis de la Cour, qu'il ait pu y avoir à l'époque un quelconque accord, à titre d'interprétation du traité de 1890 ou à un autre titre, sur la validité de toute frontière représentée sur les cartes. La même conclusion s'impose pour ce qui est de la période qui a suivi, au cours de laquelle le différend entre le Botswana et la Namibie devenue indépendante s'est cristallisé.

87. Eu égard à l'absence de toute carte traduisant officiellement la volonté des parties au traité de 1890, ainsi que de tout accord exprès ou tacite entre celles-ci ou leurs successeurs sur la validité de la frontière représentée sur une carte (cf. *Temple de Préah Vihéar, arrêt, fond, C.I.J. Recueil 1962*, p. 33-35), et compte tenu du caractère incertain et contradictoire du matériau cartographique qui lui a été soumis, la Cour ne s'estime pas à même de tirer des conclusions du dossier cartographique produit en l'espèce. Si celui-ci ne peut dès lors «conforte[r] une conclusion à laquelle le juge est parvenu par d'autres moyens, indépendants des cartes» (*Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali), C.I.J. Recueil 1986*, p. 583, par. 56), il n'est pas davantage susceptible de modifier les résultats de l'interprétation textuelle du traité de 1890 à laquelle la Cour a procédé ci-dessus.

* * *

88. L'interprétation des dispositions pertinentes du traité de 1890 à laquelle la Cour a procédé ci-dessus l'amène à conclure que la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu, définie par ce traité, passe dans le chenal nord du Chobe.

89. Selon le texte anglais du traité, le tracé de cette frontière suit le «centre du chenal» principal, tandis que le texte allemand mentionne le «thalweg». La Cour a déjà indiqué que, dans l'esprit des parties au traité de 1890, ces deux termes étaient synonymes, et que le Botswana et la

had not themselves expressed any real difference of opinion on this subject (see paragraph 25 above).

It is moreover clear from the *travaux préparatoires* of the Treaty (see paragraph 46 above) that there was an expectation of navigation on the Chobe by both contracting parties, and a common intention to exploit this possibility. Although, as has been explained above, the parties in 1890 used the terms "thalweg" and "centre of the channel" interchangeably, the former reflects more accurately the common intention to exploit navigation than does the latter. Accordingly, this is the term that the Court will consider determinative in Article III, paragraph 2.

*

Inasmuch as Botswana and Namibia agreed, in their replies to a question put by a Member of the Court, that the thalweg was formed by the line of deepest soundings, the Court concludes that the boundary follows that line in the northern channel around Kasikili/Sedudu Island.

* * *

90. Namibia, however, claims title to Kasikili/Sedudu Island, not only on the basis of the 1890 Treaty but also, in the alternative, on the basis of the doctrine of prescription. Namibia argues that

> "by virtue of continuous and exclusive occupation and use of Kasikili Island and exercise of sovereign jurisdiction over it from the beginning of the century, with full knowledge, acceptance and acquiescence by the governing authorities in Bechuanaland and Botswana, Namibia has prescriptive title to the Island".

91. Botswana maintains that the Court cannot take into consideration Namibia's arguments relating to prescription and acquiescence as these are not included in the scope of the question submitted to it under the terms of the Special Agreement. According to Botswana, the purpose of that Agreement was to obtain from the Court determination of the boundary solely on the basis of the 1890 Treaty; invoking prescription would therefore involve adopting a totally different basis for determining the boundary. In support of its argument, Botswana points out in particular that the reference in the Special Agreement to the "rules and principles of international law" is "pleonastic", since an international agreement is normally interpreted taking into account any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. And it adds that:

> "the alleged evidence of prescriptive title cannot be accepted as 'subsequent practice', because in such a hypothesis the working assumption is precisely the existence of *a title of Botswana* (or its predecessor) which allegedly is displaced by the operation of prescription".

Namibie n'avaient eux-mêmes pas exprimé des positions réellement différentes à cet égard (voir paragraphe 25 ci-dessus).

Il ressort par ailleurs des travaux préparatoires du traité (voir paragraphe 46 ci-dessus) que les parties contractantes s'attendaient l'une et l'autre à ce que la navigation sur le Chobe soit possible, et qu'elles avaient toutes deux l'intention d'exploiter cette possibilité. Bien que, comme cela est expliqué ci-dessus, les parties aient, en 1890, utilisé de façon interchangeable les termes «thalweg» et «centre du chenal», le terme «thalweg» exprime, de façon plus précise que ne le fait l'expression «centre du chenal», l'intention commune de tirer parti des possibilités de navigation. En conséquence, c'est ce premier terme que la Cour estime déterminant au paragraphe 2 de l'article III.

Le Botswana et la Namibie ayant convenu, dans les réponses qu'ils ont apportées à une question posée par un membre de la Cour, que le thalweg était constitué par la ligne des sondages les plus profonds, la Cour conclut que la frontière suit cette ligne dans le chenal nord autour de l'île de Kasikili/Sedudu.

* * *

90. La Namibie fonde cependant sa revendication sur l'île de Kasikili/Sedudu, non seulement sur le traité de 1890, mais encore, à titre subsidiaire, sur la doctrine de la prescription. La Namibie soutient en effet que

> «en vertu de l'occupation et de l'utilisation continues et exclusives de l'île de Kasikili ainsi que de l'exercice d'une juridiction souveraine sur cette île depuis le début du siècle, au vu et au su des autorités responsables au Bechuanaland et au Botswana et avec leur acceptation et acquiescement, la Namibie a acquis un titre par prescription sur l'île».

91. Le Botswana estime que la Cour ne peut prendre en considération les arguments de la Namibie relatifs à la prescription et à l'acquiescement car ceux-ci ne s'inscrivent pas dans le cadre de la question qui lui a été soumise aux termes du compromis. Selon le Botswana, ce dernier avait pour but d'obtenir de la Cour une détermination de la frontière sur la seule base du traité de 1890; l'invocation de la prescription reviendrait dès lors à retenir un fondement totalement différent pour déterminer la frontière. A l'appui de sa thèse, le Botswana fait en particulier valoir que la mention, dans le compromis, des «règles et principes du droit international» constitue un «pléonasme» car un accord international est normalement interprété en tenant compte de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. Et il ajoute que

> «la preuve alléguée de l'acquisition d'un titre par prescription ne peut pas être admise comme une «pratique ultérieure», car dans un tel cas l'hypothèse de travail est précisément l'existence d'*un titre du Botswana* (ou de son prédécesseur), qui serait remplacé par l'effet de la prescription».

92. Namibia disputes this argument. It claims, for its part, that the wording of the question in the Special Agreement is clear and

> "requires the Court to consider any evidence or submissions of the parties grounded in general rules and principles of international law equally with submissions based on the 1890 Treaty"

According to Namibia,

> "Botswana's attempt to treat the reference to the 'rules and principles of international law' as if it were not included in the Special Agreement contravenes fundamental rules of treaty interpretation."

It stresses the contradictory nature of the position taken by Botswana, which, on the one hand, suggests that the expression "rules and principles of international law" covers only the rules and principles concerning treaty interpretation and, on the other, itself acknowledges that international law rules concerning treaty interpretation are comprehended in the first clause of the question referring to the 1890 Treaty. Namibia also reproaches Botswana for ignoring the dual nature of the argument it has put forward that

> "either the subsequent conduct operates as a 'practice . . . which establishes the agreement of the parties regarding [the] interpretation' of the Treaty; or it stands as an independent root of title based on the doctrine of prescription and/or acquiescence".

93. The Court notes that under the terms of Article I of the Special Agreement, it is asked to determine the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the Island "on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 and the rules and principles of international law". Even if there had been no reference to the "rules and principles of international law", the Court would in any event have been entitled to apply the general rules of international treaty interpretation for the purposes of interpreting the 1890 Treaty. It can therefore be assumed that the reference expressly made, in this provision, to the "rules and principles of international law", if it is to be meaningful, signifies something else. In fact, the Court observes that the expression in question is very general and, if interpreted in its normal sense, could not refer solely to the rules and principles of treaty interpretation. The restrictive interpretation of this wording espoused by Botswana appears to be even less well-founded, in that Article III of the Special Agreement specifies that "[t]he rules and principles of international law applicable to the dispute shall be those set forth in the provisions of Article 38, paragraph 1, of the Statute of the International Court of Justice". This wording shows that the Parties had no intention of confining the rules and principles of law applicable in this case solely to the rules and principles of international law relating to treaty interpretation.

92. La Namibie conteste cette thèse. Elle prétend pour sa part que le libellé de la question formulée dans le compromis est clair et que ce libellé

> «exige que la Cour examine tout élément de preuve ou observations et conclusions des Parties fondés sur les règles et principes généraux du droit international au même titre que les observations et conclusions fondées sur le traité de 1890».

Selon la Namibie,

> «[l]a tentative du Botswana d'agir comme si la référence aux «règles et principes du droit international» ne faisait pas partie du compromis est contraire aux règles fondamentales de l'interprétation des traités».

Elle souligne le caractère contradictoire de la position du Botswana qui laisse entendre que l'expression «règles et principes du droit international» ne couvre que les règles et principes relatifs à l'interprétation des traités tout en admettant lui-même que les règles de droit international relatives à l'interprétation des traités sont visées dans la première partie de la question ayant trait au traité de 1890. La Namibie reproche également au Botswana de ne pas tenir compte de la dualité de l'argumentation qu'elle a présentée et selon laquelle

> «la pratique ultérieure constitue soit une «pratique ... qui établit l'accord des parties à l'égard de l'interprétation» du traité, soit une base indépendante du titre, fondée sur la doctrine de la prescription ou de l'acquiescement, ou les deux».

93. La Cour note que, aux termes de l'article I du compromis, elle est priée de déterminer la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu et le statut juridique de cette île «sur la base du traité anglo-allemand du 1^{er} juillet 1890 et des règles et principes du droit international». Même en l'absence de référence aux «règles et principes du droit international», la Cour aurait été autorisée à faire application des règles générales d'interprétation des traités internationaux aux fins d'interpréter le traité de 1890. Il est donc à supposer que la mention expressément faite, dans cette disposition, des «règles et principes du droit international», si elle doit avoir un sens, revêt une autre portée. De fait, la Cour observe que l'expression en cause présente un fort degré de généralité et, que, interprétée dans son sens ordinaire, elle ne saurait viser uniquement les règles et principes relatifs à l'interprétation des traités. L'interprétation restrictive de cette formule défendue par le Botswana apparaît d'autant moins fondée que l'article III du compromis précise que «[l]es règles et principes du droit international qui s'appliquent au différend sont ceux qui sont énumérés au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice». Il ressort d'un tel libellé que les Parties n'ont pas entendu circonscrire les règles et principes de droit applicables en l'espèce aux seuls règles et principes du droit international relatifs à l'interprétation des traités.

In the Court's view the Special Agreement, in referring to the "rules and principles of international law", not only authorizes the Court to interpret the 1890 Treaty in the light of those rules and principles but also to apply those rules and principles independently. The Court therefore considers that the Special Agreement does not preclude the Court from examining arguments relating to prescription put forward by Namibia.

94. According to Namibia, four conditions must be fulfilled to enable possession by a State to mature into a prescriptive title:

> "1. The possession of the . . . state must be exercised *à titre de souverain*.
> 2. The possession must be peaceful and uninterrupted.
> 3. The possession must be public.
> 4. The possession must endure for a certain length of time."

Namibia alleges that in the present case Germany was in peaceful possession of the Island from before the beginning of the century and exercised sovereignty over it from the time of the establishment of the first colonial station in the Caprivi in 1909, all in full view and with the full knowledge of the Bechuanaland authorities at Kasane, only a kilometre or two from the Island. It states that this peaceful and public possession of the Island, *à titre de souverain*, was continued without interruption by Germany's successor until accession of the territory to independence. Finally, it notes that, after itself becoming independent in 1966, Botswana, which was aware of the facts, remained silent for almost two further decades.

In support of its allegations, Namibia emphasizes the importance of the presence on the Island of Masubia people from the Eastern Caprivi "from the beginning of the colonial period at least, and probably a good deal further back than that". It asserts that

> "[c]olonial records of German, British and South African authorities and the testimony of members of the Masubia community in the Kasika district before the JTTE [Joint Team of Technical Experts] [in 1994] conclusively show that the Masubia people of Eastern Caprivi have occupied and used Kasikili Island since time immemorial"

and points out that "[t]he Masubia of the Caprivi Strip have used and occupied Kasikili Island as a part of their lands and their lives". Although Namibia admits that, in order to establish sovereignty by operation of prescription, acquiescence and recognition, it must show more than the use of the disputed territory by private individuals for their private ends, it maintains that:

> "Namibia's predecessors exercised continuous authority and jurisdiction over Kasikili Island. From 1909 until the termination of the Mandate in 1966, German, Bechuanaland and South African officials consistently governed the Eastern Caprivi through Masubia chiefs, whose jurisdiction extended to Kasikili Island. After termina-

De l'avis de la Cour, en se référant aux «règles et principes du droit international», le compromis autorise non seulement la Cour à interpréter le traité de 1890 à la lumière de ceux-ci, mais également à faire une application indépendante desdits règles et principes. La Cour estime en conséquence que le compromis ne lui interdit pas de connaître des arguments relatifs à la prescription avancés par la Namibie.

94. Selon la Namibie, quatre conditions doivent être remplies pour que la possession d'un Etat puisse engendrer un titre par prescription:

> «1. La possession de l'Etat ... doit être exercée à titre de souverain.
>
> 2. La possession doit être paisible et ininterrompue.
> 3. La possession doit être publique.
> 4. La possession doit se prolonger pendant un certain temps.»

La Namibie allègue qu'en l'espèce l'Allemagne jouissait d'une possession paisible de l'île dès avant le début du siècle et a exercé des pouvoirs souverains sur celle-ci à partir de l'établissement du premier poste colonial au Caprivi en 1909, le tout de façon notoire et au vu et au su des autorités du Bechuanaland à Kasane, installées à un kilomètre ou deux seulement de l'île. Elle expose que cette possession paisible et publique de l'île, à titre de souverain, a été poursuivie de façon ininterrompue par les successeurs de l'Allemagne jusqu'à l'accession du territoire à l'indépendance. Elle relève enfin qu'après être lui-même devenu indépendant en 1966, le Botswana, qui était au courant des faits, a gardé le silence pendant près de vingt ans.

A l'appui de ses allégations, la Namibie souligne l'importance de la présence sur l'île des populations masubia du Caprivi oriental «depuis le début de la période coloniale au moins et probablement bien avant celle-ci». Elle affirme que

> «[l]es documents coloniaux des autorités allemandes, britanniques et sud-africaines, ainsi que les dépositions de membres de la collectivité des Masubia dans le district de Kasika devant la commission mixte d'experts techniques ... [en 1994] établissent de façon concluante que le peuple masubia du Caprivi oriental occupe et utilise l'île de Kasikili depuis des temps immémoriaux»

et précise que «[l]es Masubia de la bande de Caprivi ont utilisé et occupé l'île de Kasikili comme une partie intégrante de leurs terres et de leur vie». La Namibie admet certes que, pour établir l'acquisition d'un titre à la souveraineté par la voie de la prescription, de l'acquiescement et de la reconnaissance, elle doit démontrer davantage que l'usage du territoire contesté par des particuliers à des fins privées; mais elle soutient que:

> «les prédécesseurs de la Namibie ont exercé une autorité et juridiction continues sur l'île de Kasikili. De 1909 jusqu'à ce qu'il soit mis fin au mandat en 1966, les fonctionnaires allemands, bechuanalandais et sud-africains ont constamment gouverné le Caprivi oriental par l'intermédiaire des chefs des Masubia, dont la juridiction

> tion of the Mandate, South Africa, under pressure from the liberation struggle, increasingly exerted direct power in the area until Namibia's independence on 21 March 1990."

Namibia states that the authority exercised over Kasikili Island by its predecessors was implemented

> "[f]or the most part . . . through the modality of 'indirect rule,' using the chiefs and political institutions of the Masubia to carry out the directives of the ruling power, under the control and supervision of officials of that power"

and that

> "[a]lthough indirect rule was manifested in a variety of ways, its essence was that the acts of administration of the colonial authorities and those of the traditional authorities were acts of a single entity: the colonial government".

According to Namibia, this situation

> "prevailed without any objection, reservation or protest from Botswana or its predecessors in interest for almost a century until 1984, when Botswana first made formal claim to the Island in private meetings with the South African government".

In support of its argument concerning prescription, Namibia also invokes the incident between a patrol boat of the South African Defence Force and a unit of the Botswana Defence Force in October 1984, which, in its view, indicated that South Africa was exercising jurisdiction over the Island by conducting military patrols in the southern channel. It also refers to a number of official maps of the Caprivi portraying the Island as part of Namibia from the beginning of the century, as well as to the concurrence of the British authorities.

95. Although it considers the doctrine of prescription inapplicable in this case for the reasons referred to earlier, Botswana accepts the criteria for acquiring prescriptive title as set out by Namibia; it argues, however, that those criteria have not been satisfied by Namibia and its predecessors. Botswana asserts, in substance, that "there is no credible evidence that either Namibia or its predecessors exercised State authority in respect of Kasikili/Sedudu" and that even if peaceful, public and continuous possession of the Island by the people of Caprivi had been proved, it could not have been *à titre de souverain*.

Botswana does not dispute that people from the Caprivi used Kasikili/Sedudu Island at times for agricultural purposes; but it maintains that so did people living on the other side of the Chobe, in Bechuanaland, and

> s'étendait à l'île de Kasikili. Après qu'il eut été mis fin au mandat, l'Afrique du Sud, sous les pressions découlant de la lutte de libération, a exercé de plus en plus un pouvoir direct dans la région jusqu'à l'accession de la Namibie à l'indépendance le 21 mars 1990.»

La Namibie précise que l'autorité exercée sur l'île de Kasikili par ses prédécesseurs l'a été,

> «pendant la plus grande partie de cette période ..., suivant le régime de l'«administration indirecte», c'est-à-dire par le recours aux chefs et aux institutions politiques des Masubia pour exécuter les directives de la puissance administrante, sous le contrôle et la surveillance des représentants de celle-ci»

et que

> «[b]ien que l'administration indirecte se manifestât de diverses manières, la prémisse essentielle était que les actes d'administration des autorités coloniales et ceux des autorités traditionnelles émanaient ... d'une entité unique, le gouvernement colonial».

Selon la Namibie, cette situation

> «s'est maintenue sans aucune opposition, réserve ou protestation de la part du Botswana ou de ses prédécesseurs en titre pendant près d'un siècle jusqu'en 1984, date à laquelle le Botswana a pour la première fois revendiqué officiellement l'île au cours d'entretiens privés avec le Gouvernement sud-africain».

A l'appui de son argumentation relative à la prescription, la Namibie invoque également l'incident ayant opposé une vedette des forces de défense sud-africaines et une unité des forces de défense botswanaises en octobre 1984, qui indiquerait d'après elle que l'Afrique du Sud exerçait sa juridiction sur l'île en effectuant des patrouilles militaires dans le chenal sud. Elle fait en outre état d'un certain nombre de cartes officielles du Caprivi situant l'île sur son territoire depuis le début du siècle, ainsi que de l'assentiment des autorités britanniques.

95. Bien qu'il considère la doctrine de la prescription comme inapplicable en l'espèce pour les raisons mentionnées ci-dessus, le Botswana juge acceptables les conditions nécessaires à l'acquisition d'un titre par prescription telles qu'elles ont été énoncées par la Namibie; il soutient cependant que la Namibie et ses prédécesseurs ne les ont pas remplies. Le Botswana affirme en substance qu'il «n'existe aucun élément de preuve digne de foi établissant que la Namibie ou ses prédécesseurs ont exercé une autorité étatique sur l'île» et que, même si la preuve d'une possession paisible, publique et continue de l'île par des populations du Caprivi avait été rapportée, cette possession n'aurait pu s'exercer à titre de souverain.

Le Botswana ne conteste pas, en effet, que des habitants du Caprivi se soient servis de l'île de Kasikili/Sedudu à certains moments à des fins agricoles; mais il précise qu'il en allait de même des populations qui

denies that there was ever any village or permanent settlement on the Island. Botswana emphasizes that in any case "[t]he acts of private persons cannot generate title unless those acts are subsequently ratified by the State"; that no evidence has been offered to the effect that the Masubia chiefs had authority to engage in title-generating activities for the benefit of Germany or its successors; and that evidence is also lacking of any "genuine belief" in the existence of title on the part of Germany and its successors.

With regard to patrolling by South Africa, Botswana asserts that this involved at the very most anti-guerilla operations, which cannot be classified as an exercise of jurisdiction; it claims that the incident of 1984 could not constitute evidence of peaceful possession for the purposes of prescription. Finally, Botswana denies that the map evidence has any value in this case; it maintains that this evidence is contradictory and confused and that the authorities of Bechuanaland and Botswana never recognized or acquiesced in the maps showing the boundary in the southern channel.

96. The Parties agree between themselves that acquisitive prescription is recognized in international law and they further agree on the conditions under which title to territory may be acquired by prescription, but their views differ on whether those conditions are satisfied in this case. Their disagreement relates primarily to the legal inferences which may be drawn from the presence on Kasikili/Sedudu Island of the Masubia of Eastern Caprivi: while Namibia bases its argument primarily on that presence, considered in the light of the concept of "indirect rule", to claim that its predecessors exercised title-generating State authority over the Island, Botswana sees this as simply a "private" activity, without any relevance in the eyes of international law.

97. For present purposes, the Court need not concern itself with the status of acquisitive prescription in international law or with the conditions for acquiring title to territory by prescription. It considers, for the reasons set out below, that the conditions cited by Namibia itself are not satisfied in this case and that Namibia's argument on acquisitive prescription therefore cannot be accepted.

98. The Court has already considered the presence of the Masubia on Kasikili/Sedudu Island when it examined the subsequent practice of the parties to the 1890 Treaty (see paragraphs 71 *et seq.* above).

It follows from this examination that even if links of allegiance may have existed between the Masubia and the Caprivi authorities, it has not been established that the members of this tribe occupied the Island *à titre de souverain*, i.e., that they were exercising functions of State authority there on behalf of those authorities. Indeed, the evidence shows that the Masubia used the Island intermittently, according to the seasons and

vivaient de l'autre côté du Chobe, au Bechuanaland et réfute qu'il y ait jamais eu un village ou un établissement permanent sur l'île. Le Botswana fait valoir qu'en tout état de cause «[l]es actes de personnes privées ne peuvent donner naissance à un titre que s'ils sont ultérieurement ratifiés par l'Etat»; que la preuve n'a pas été rapportée que les chefs masubia avaient le pouvoir de se livrer à des activités susceptibles de donner naissance à un titre au profit de l'Allemagne ou de ses successeurs; et qu'il n'existe pas non plus de preuve d'une «conviction sincère» de l'Allemagne et de ses successeurs quant à l'existence d'un titre.

Quant aux activités de patrouille menées par l'Afrique du Sud, le Botswana affirme qu'il s'agissait tout au plus d'opérations antiguérilla qui ne peuvent être considérées comme un exercice de juridiction; selon lui, l'incident d'octobre 1984 ne saurait constituer un indice d'une possession paisible aux fins de la prescription. Enfin, le Botswana dénie toute valeur aux éléments de preuve cartographiques en l'espèce; il soutient que ceux-ci sont contradictoires et prêtent à confusion, et que les autorites du Bechuanaland et du Botswana n'ont jamais reconnu les cartes plaçant la frontière dans le chenal sud ou acquiescé à celles-ci.

96. Les Parties conviennent entre elles que la prescription acquisitive est reconnue en droit international, et elles conviennent de surcroît des conditions auxquelles un titre territorial peut être acquis par prescription, mais elles s'opposent sur le point de savoir si ces conditions sont réunies dans le cas d'espèce. Leur désaccord a essentiellement trait aux conséquences juridiques qui peuvent être tirées de la présence sur l'île de Kasikili/Sedudu des Masubia du Caprivi oriental. En effet, alors que la Namibie se fonde essentiellement sur cette présence, considérée à la lumière de la notion d'«administration indirecte», pour prétendre que ses prédécesseurs ont exercé sur l'île une autorité étatique constitutive d'un titre, le Botswana y voit une simple activité «privée» dénuée de toute pertinence au regard du droit international.

97. Aux fins de la présente espèce, la Cour n'a pas à s'attarder sur le statut de la prescription acquisitive en droit international ou sur les conditions d'acquisition d'un titre territorial par prescription. En effet, elle considère, pour les motifs exposés ci-après, que les conditions énoncées par la Namibie elle-même ne sont pas remplies et que l'argumentation namibienne relative à la prescription acquisitive ne peut en conséquence être retenue.

98. La Cour a déjà eu l'occasion de s'intéresser à la présence des Masubia sur l'île de Kasikili/Sedudu lorsqu'elle a examiné la conduite ultérieure des parties au traité de 1890 (voir ci-dessus paragraphes 71 et suivants).

Il résulte de cet examen que, même si des liens d'allégeance ont pu exister entre les Masubia et les autorités du Caprivi, il n'est pas établi que les membres de cette tribu occupaient l'île «à titre de souverain», c'est-à-dire y exerçaient des attributs de la puissance publique au nom de ces autorités. Au contraire, il ressort du dossier de l'affaire que les Masubia utilisaient l'île de façon intermittente, au gré des saisons et selon leurs

their needs, for exclusively agricultural purposes; this use, which began prior to the establishment of any colonial administration in the Caprivi Strip, seems to have subsequently continued without being linked to territorial claims on the part of the Authority administering the Caprivi. Admittedly, when, in 1947-1948, the question of the boundary in the region arose for the first time between the local authorities of Bechuanaland Protectorate and of South Africa, the Chobe's "main channel" around the Island was said to be the northern channel, but the South African authorities relied on the presence of the Masubia on the Island in order to maintain that they had title based on prescription. However, from then on the Bechuanaland authorities took the position that the boundary was located in the northern channel and that the Island was part of the Protectorate; after some hesitation, they declined to satisfy South Africa's claims to the Island, while at the same time recognizing the need to protect the interests of the Caprivi tribes. The Court infers from this, first, that for Bechuanaland, the activities of the Masubia on the Island were an independent issue from that of title to the Island and, second, that, as soon as South Africa officially claimed title, Bechuanaland did not accept that claim, which precluded acquiescence on its part.

99. In the Court's view, Namibia has not established with the necessary degree of precision and certainty that acts of State authority capable of providing alternative justification for prescriptive title, in accordance with the conditions set out by Namibia, were carried out by its predecessors or by itself with regard to Kasikili/Sedudu Island. The Court has already observed above that it is unable to draw conclusions from the map evidence produced in this case (see paragraph 87 above). Nor in its view, can conclusions be drawn from the incident involving Botswana and South African defence forces in the channel to the south of the Island in October 1984.

* * *

100. The Court's interpretation of Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty has led it to conclude that the boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island follows the line of deepest soundings in the northern channel of the Chobe.

101. Since the Court has not accepted Namibia's argument on prescription, it follows for this reason also that Kasikili/Sedudu Island forms part of the territory of Botswana.

102. The Court observes, however, that the Kasane Communiqué of 24 May 1992 records that the Presidents of Namibia and Botswana agreed and resolved that:

> "*(c)* existing social interaction between the people of Namibia and Botswana should continue;
>
> *(d)* the economic activities such as fishing shall continue on the understanding that fishing nets should not be laid across the river;

besoins, à des fins exclusivement agricoles; cette utilisation, antérieure à l'établissement de toute administration coloniale dans la bande de Caprivi, semble s'être ensuite poursuivie sans être liée à des prétentions territoriales de la Puissance administrant le Caprivi. Certes lorsque, en 1947-1948, la question de la frontière dans la région s'est posée pour la première fois entre les autorités locales du protectorat du Bechuanaland et celles de l'Afrique du Sud, et qu'on a estimé que le «chenal principal» du Chobe autour de l'île était le chenal nord, les autorités sud-africaines se sont prévalues de la présence des Masubia sur l'île pour prétendre qu'elles possédaient un titre fondé sur la prescription. Toutefois, dès ce moment, les autorités du Bechuanaland ont considéré que la frontière se situait dans le chenal nord et que l'île faisait partie du protectorat; après quelques hésitations, elles ont refusé de satisfaire les prétentions sud-africaines sur l'île, tout en reconnaissant la nécessité de protéger les intérêts des tribus du Caprivi. La Cour en infère d'une part que, pour le Bechuanaland, les activités des Masubia sur l'île étaient une question indépendante de celle du titre sur celle-ci, et d'autre part que, lorsque l'Afrique du Sud a officiellement revendiqué ce titre, le Bechuanaland n'a pas accepté cette revendication, ce qui excluait un acquiescement de sa part.

99. De l'avis de la Cour, la Namibie n'a pas prouvé avec le degré de précision et de certitude nécessaire que des actes d'autorité étatique susceptibles de fonder autrement l'acquisition d'un titre par prescription selon les conditions qu'elle a énoncées auraient été accomplis par ses prédécesseurs ou par elle-même sur l'île de Kasikili/Sedudu. La Cour a déjà constaté ci-dessus qu'elle ne pouvait tirer des conclusions des éléments de preuve cartographiques produits en l'espèce (voir paragraphe 87). Elle estime qu'elle ne peut davantage tirer des conclusions de l'incident ayant mis aux prises, en octobre 1984, des forces de défense botswanaises et sud-africaines dans le chenal situé au sud de l'île.

* * *

100. Au terme de son interprétation du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890, la Cour est parvenue à la conclusion que la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu suit la ligne des sondages les plus profonds dans le chenal nord du Chobe.

101. La Cour n'ayant pas retenu l'argumentation namibienne relative à la prescription, il s'ensuit pour ce motif aussi que l'île de Kasikili/Sedudu fait partie du territoire du Botswana.

102. La Cour note toutefois que le communiqué de Kasane du 24 mai 1992 prend acte du fait que les présidents de la Namibie et du Botswana sont convenus et ont décidé que:

> «*c)* l'interaction sociale existante entre la population namibienne et celle du Botswana devait se poursuivre;
>
> *d)* les activités économiques comme la pêche devaient continuer, étant entendu qu'aucun filet de pêche ne devait être tendu en travers du fleuve;

> (*e*) navigation should remain unimpeded including free movement of tourists".

The Court further observes that in explanation and in pursuance of the foregoing agreement, Botswana stated at the oral hearings:

> "Botswana's policy is to allow free navigation, including unimpeded movement of tourist boats even in the southern channel. This policy applies to boats owned by Namibian tourist operators as well. The only requirement is that all tourist boats should be registered. This requirement is meant solely to prevent the danger of environmental pollution of the Chobe River. Experience has shown that some tourist boat operators tended to transport their boats from Okavango waters, infested with river weeds, down to the Chobe River, without applying for a trans-zonal permit. The Department of Water Affairs, and not the Botswana Defence Force, is responsible for enforcing the policy on anti-pollution of the river waters.
>
> Botswana's policy on free navigation, including the free movement of tourist boats, was set out in paragraph (*e*) of the Kasane Communiqué . . . Since the Kasane Communiqué was agreed in May 1992, there has been no complaint from the Namibian Government that Botswana ever breached paragraph (*e*) of the Communiqué which guarantees unimpeded navigation."

Subsequently, Botswana added that:

> "Botswana also wishes to reiterate that tourist boats from Namibia are free to travel in the southern channel. The only requirement is that all such boats should be registered, in order to control noxious aquatic weeds . . . this requirement is backed by proper legislation, namely, the Laws of Botswana Aquatic Weeds (Control) Act, which commenced in December 1971. The provisions of this Act were later discussed with, and endorsed by the Water Affairs Department of Namibia. Since then, Namibian tourist boat operators have registered as many as 53 boats, to travel in Botswanan waters of the Chobe River. These 53 Namibian boats are permitted to navigate in the southern channel, like any others that have been licensed."

103. The Court, which by the terms of the Joint Agreement between the Parties is empowered to determine the legal status of Kasikili/Sedudu Island concludes, in the light of the above-mentioned provisions of the Kasane Communiqué, and in particular of its subparagraph (*e*) and the interpretation of that subparagraph given before it in this case, that the Parties have undertaken to one another that there shall be unimpeded

> *e)* la navigation devait rester sans entrave et, entre autres, les touristes devaient pouvoir se déplacer librement».

Elle note en outre que pour expliquer l'accord qui précède, et en application de ce dernier, le Botswana a déclaré à l'audience ce qui suit:

> «Le Botswana a pour politique d'autoriser la liberté de navigation, y compris le libre passage des embarcations touristiques, même dans le chenal sud. Cette politique s'applique également aux embarcations appartenant à des agences de tourisme namibiennes. La seule condition à remplir est que tous les bateaux touristiques doivent être immatriculés. Cette condition a pour seul but de prévenir le danger de pollution du Chobe. L'expérience a montré que certaines agences de tourisme ont tendance à faire passer leurs bateaux par les eaux de l'Okavango, infestées d'algues, avant de poursuivre jusqu'au Chobe, sans demander un permis pour traverser les zones en question. C'est le département des ressources en eau, et non pas les forces de défense botswanaises, qui est chargé d'appliquer la politique de lutte contre la pollution des eaux fluviales.
>
> La politique botswanaise de liberté de navigation, y compris le libre passage des bateaux touristiques, a été énoncée à l'alinéa *e)* du communiqué de Kasane... Depuis que le communiqué de Kasane a fait l'objet d'un accord en mai 1992, le Gouvernement de la Namibie ne s'est jamais plaint de ce que le Botswana avait violé le paragraphe *e)* de ce communiqué, qui garantit la liberté de navigation.»

Par la suite, le Botswana a ajouté que:

> «[l]e Botswana souhaite aussi redire que les bateaux de touristes en provenance de la Namibie sont libres de naviguer sur le chenal sud. La seule exigence est que tous ces bateaux soient immatriculés afin de lutter contre les herbes aquatiques nocives ... cette exigence s'appuie sur une loi, à savoir le *Laws of Botswana Aquatic Weeds (Control) Act* (loi botswanaise sur la lutte contre les herbes aquatiques), qui est entrée en vigueur en décembre 1971. Les dispositions de cette loi ont été discutées par la suite avec le département des ressources en eau et acceptées par lui. Depuis lors, les exploitants namibiens de bateaux de touristes ont fait immatriculer jusqu'à cinquante-trois bateaux pour naviguer dans les eaux botswanaises du Chobe. Ces cinquante-trois bateaux namibiens ont l'autorisation de naviguer dans le chenal sud, comme tout autre bateau pour lequel un permis a été obtenu.»

103. A la lumière des dispositions précitées du communiqué de Kasane, et en particulier de son alinéa *e)*, ainsi que de l'interprétation qui a été donnée de cet alinéa devant elle en l'espèce, la Cour, qui en vertu du compromis est habilitée à déterminer le statut juridique de l'île de Kasikili/Sedudu, conclut que les Parties se sont mutuellement garanti la liberté de navigation, sur les chenaux autour de l'île de Kasikili/Sedudu, pour les

navigation for craft of their nationals and flags in the channels of Kasikili/Sedudu Island. As a result, in the southern channel of Kasikili/Sedudu Island, the nationals of Namibia, and vessels flying its flag, are entitled to, and shall enjoy, a treatment equal to that accorded by Botswana to its own nationals and to vessels flying its own flag. Nationals of the two States, and vessels, whether flying the flag of Botswana or of Namibia, shall be subject to the same conditions as regards navigation and environmental protection. In the northern channel, each Party shall likewise accord the nationals of, and vessels flying the flag of, the other, equal national treatment.

* * *

104. For these reasons,

THE COURT,

(1) By eleven votes to four,

Finds that the boundary between the Republic of Botswana and the Republic of Namibia follows the line of deepest soundings in the northern channel of the Chobe River around Kasikili/Sedudu Island;

IN FAVOUR: *President* Schwebel; *Judges* Oda, Bedjaoui, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Kooijmans;

AGAINST: *Vice-President* Weeramantry; *Judges* Fleischhauer, Parra-Aranguren, Rezek.

(2) By eleven votes to four,

Finds that Kasikili/Sedudu Island forms part of the territory of the Republic of Botswana;

IN FAVOUR: *President* Schwebel; *Judges* Oda, Bedjaoui, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, Higgins, Kooijmans;

AGAINST: *Vice-President* Weeramantry; *Judges* Fleischhauer, Parra-Aranguren, Rezek.

(3) Unanimously,

Finds that, in the two channels around Kasikili/Sedudu Island, the nationals of, and vessels flying the flags of, the Republic of Botswana and the Republic of Namibia shall enjoy equal national treatment.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this thirteenth day of December, one thousand nine hundred and ninety-nine, in three copies, one of which

bateaux de leurs ressortissants battant pavillon national. Il en résulte que, dans le chenal sud autour de l'île de Kasikili/Sedudu, les ressortissants de la Namibie et les bateaux battant son pavillon sont en droit de bénéficier et bénéficieront du traitement accordé par le Botswana à ses propres ressortissants et aux bateaux battant son propre pavillon. Les ressortissants des deux Etats et les bateaux battant pavillon du Botswana ou de la Namibie seront soumis aux mêmes conditions en ce qui concerne la navigation et la protection de l'environnement. Dans le chenal nord, chaque Partie accordera également aux ressortissants et aux bateaux battant pavillon de l'autre Partie, sur un pied d'égalité, le régime de traitement national.

* * *

104. Par ces motifs,

LA COUR,

1) Par onze voix contre quatre,

Dit que la frontière entre la République du Botswana et la République de Namibie suit la ligne des sondages les plus profonds dans le chenal nord du fleuve Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu;

POUR: M. Schwebel, *président*; MM. Oda, Bedjaoui, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, M^{me} Higgins, M. Kooijmans, *juges*;

CONTRE: M. Weeramantry, *vice-président*; MM. Fleischhauer, Parra-Aranguren, Rezek, *juges*;

2) Par onze voix contre quatre,

Dit que l'île de Kasikili/Sedudu fait partie du territoire de la République du Botswana;

POUR: M. Schwebel, *président*; MM. Oda, Bedjaoui, Guillaume, Ranjeva, Herczegh, Shi, Koroma, Vereshchetin, M^{me} Higgins, M. Kooijmans, *juges*;

CONTRE: M. Weeramantry, *vice-président*; MM. Fleischhauer, Parra-Aranguren, Rezek, *juges*;

3) A l'unanimité,

Dit que, dans les deux chenaux autour de l'île de Kasikili/Sedudu, les ressortissants et les bateaux battant pavillon de la République du Botswana et de la République de Namibie doivent bénéficier, sur pied d'égalité, du régime du traitement national.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au Palais de la Paix, à La Haye, le treize décembre mil neuf cent quatre-vingt-dix-neuf, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et

will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the Republic of Botswana and the Government of the Republic of Namibia, respectively.

(Signed) Stephen M. SCHWEBEL,
President.

(Signed) Eduardo VALENCIA-OSPINA,
Registrar.

Judges RANJEVA, KOROMA and HIGGINS append declarations to the Judgment of the Court.

Judges ODA and KOOIJMANS append separate opinions to the Judgment of the Court.

Vice-President WEERAMANTRY, Judges FLEISCHHAUER, PARRA-ARANGUREN and REZEK append dissenting opinions to the Judgment of the Court.

(Initialled) S.M.S.
(Initialled) E.V.O.

les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République du Botswana et au Gouvernement de la République de Namibie.

Le président,
(Signé) Stephen M. SCHWEBEL.

Le greffier,
(Signé) Eduardo VALENCIA-OSPINA.

MM. RANJEVA et KOROMA, et M^me^ HIGGINS, juges, joignent des déclarations à l'arrêt.

MM. ODA et KOOIJMANS, juges, joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion individuelle.

M. WEERAMANTRY, vice-président, et MM. FLEISCHHAUER, PARRA-ARANGUREN et REZEK, juges, joignent à l'arrêt les exposés de leur opinion dissidente.

(Paraphé) S.M.S.
(Paraphé) E.V.O.

DÉCLARATION DE M. RANJEVA

Je souhaiterais d'abord préciser l'interprétation que je donne de la réponse à l'article I du compromis concernant les alinéas 2 et 3 du dispositif relatifs au statut de l'île de Kasikili/Sedudu :

1. Par l'effet dévolutif attaché au choix du chenal nord comme chenal principal, l'arrêt a retenu la solution la moins invraisemblable en l'absence d'une comparaison systématique des deux chenaux de navigation : ainsi s'explique le rattachement de l'île de Kasikili/Sedudu au territoire botswanais.
2. Le communiqué de Kasane a créé des obligations juridiques à la charge des deux Etats parties au litige à propos de la jouissance et l'exercice des droits de leurs ressortissants dans la zone pertinente : en plus du droit de navigation et de pêche dans le chenal, s'ajoute celui du libre accès dans les eaux environnantes et sur le territoire de l'île de Kasikili/Sedudu.

Par ailleurs, en ce qui concerne la présence des Masubia sur l'île de Kasikili/Sedudu, la proposition énoncée au paragraphe 98 de l'arrêt selon laquelle :

> «même si des liens d'allégeance ont pu exister entre les Masubia et les autorités du Caprivi, il n'est pas établi que les membres de cette tribu occupaient l'île «à titre de souverain», c'est-à-dire y exerçaient des attributs de la puissance publique au nom de ces autorités».

n'a pas une portée à caractère général, elle ne vise que les circonstances particulières de la présente affaire.

(Signé) Raymond Ranjeva.

DECLARATION OF JUDGE RANJEVA

[Translation]

First, I should like to explain how I interpret the reply to Article I of the Special Agreement concerning paragraphs 2 and 3 of the operative part of the Judgment relating to the status of Kasikili/Sedudu Island:

1. Given its effect, in terms of allocation of territory, the Judgment's choice of the northern channel as the main channel is the least improbable solution, in the absence of a systematic comparison of the two navigation channels; this is the reason for the finding that Kasikili/Sedudu Island forms part of the territory of Botswana.
2. The Kasane Communiqué created legal obligations for the two States parties to the dispute with regard to the enjoyment and exercise of rights by their nationals in the relevant area; in addition to navigation and fishing rights in the channel, there is a right of free access to the surrounding waters and to the territory of Kasikili/Sedudu Island.

Further, as regards the presence of the Masubia on Kasikili/Sedudu Island, the statement in paragraph 98 of the Judgment that:

> "even if links of allegiance may have existed between the Masubia and the Caprivi authorities, it has not been established that the members of this tribe occupied the Island *à titre de souverain*, i.e., that they were exercising functions of State authority there on behalf of those authorities"

is not of general import and relates only to the particular circumstances of the present case.

(Signed) Raymond RANJEVA.

DECLARATION OF JUDGE KOROMA

Decision by Namibia and Botswana to bring dispute to Court by Special Agreement.

Possible interpretations of 1890 Anglo-German Agreement — Choice of one such interpretation by the Court — Recognition and application of principle of uti possidetis *as part of the African legal order.*

Kasane Communiqué as basis of shared use of river also in accordance with contemporary legal principles of international watercourses.

Legal effect of Judgment on boundary and status of Island.

The Governments of Namibia and Botswana are to be commended for their decision to entrust their dispute to the Court for peaceful settlement. Although the dispute involves the location of a riverine boundary between the two States within one specific area and the determination of the legal status of a relatively small island within that area, the fact that the Parties decided on the basis of a Special Agreement to bring the matter to the Court is a measure of the importance they attach to the territory in dispute and to their mutual relations.

It has not been unknown for similar disputes to be the source of serious tension between two States or even to give rise to armed conflict. Rather than that, the two neighbouring States elected by means of a Special Agreement to request the Court to determine, on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 and the rules and principles of international law, their boundary around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the Island.

It is inevitable that the Court, in performing its judicial task and applying the provisions of the 1890 Treaty, would choose one of a number of possible interpretations of the Treaty as representing the shared intention of the Parties and in the light of the material before it — both historical and contemporary — to identify and locate the boundary prescribed therein.

At the same time, in making these findings, the Court, recognizing the need for stable boundaries, applied the principle of *uti possidetis* — an important principle recognized by African States as part of the African legal order according to which African States' boundaries should follow those inherited at independence.

Accordingly, the Court's Judgment should invest the boundary as determined, as well as the status of the Island, with the necessary legal validity which they had been accorded by the 1890 Treaty and which the Parties to the Special Agreement have asked the Court to determine.

DÉCLARATION DE M. KOROMA

[Traduction]

La Namibie et le Botswana décident de porter leur différend devant la Cour par voie de compromis.

Les interprétations possibles de l'accord anglo-allemand de 1890 — La Cour choisit de retenir l'une de ces interprétations — La reconnaissance et l'application du principe uti possidetis *dans le cadre de l'ordre juridique africain.*

Le communiqué de Kasane, sur lequel se fonde le partage de l'utilisation du fleuve, est également conforme aux principes juridiques contemporains applicables aux voies d'eau internationales.

L'effet juridique de l'arrêt sur la frontière et sur le statut de l'île.

Il convient de féliciter les gouvernements de la Namibie et du Botswana d'avoir décidé de confier à la Cour le soin de régler pacifiquement leur différend. Celui-ci porte sur le tracé d'une frontière fluviale entre les deux Etats dans une certaine zone et sur la détermination du statut juridique d'une île relativement petite située dans ladite zone, mais le fait que les parties ont décidé par la voie d'un compromis de saisir la Cour indique quelle importance revêt pour eux le territoire en question et quelle importance ils attachent aussi à leurs relations réciproques.

Il arrive que des différends du même ordre créent des tensions graves entre deux Etats, et finissent même par être à l'origine d'un conflit armé. Or, les deux Etats limitrophes en litige ont préféré prier la Cour par la voie d'un compromis de déterminer, sur la base du traité anglo-allemand du 1^er^ juillet 1890 et des règles et principes du droit international, leur frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu ainsi que le statut juridique de l'île.

Inévitablement, la Cour, en s'acquittant de sa tâche judiciaire et en appliquant les dispositions de ce traité de 1890, allait, parmi plusieurs interprétations possibles du traité, en retenir une comme représentant l'intention commune des parties et, compte tenu des éléments à sa disposition, — éléments historiques et éléments contemporains — elle allait déterminer et situer la frontière que ledit traité prescrit de tracer.

En même temps, en formulant ces conclusions, la Cour, parce qu'il faut que les frontières soient stables, a appliqué le principe de l'*uti possidetis* — principe important reconnu par les Etats africains comme faisant partie intégrante de l'ordre juridique africain, suivant lequel les frontières des Etats d'Afrique doivent être celles dont ces Etats ont hérité en accédant à l'indépendance.

Par conséquent, l'arrêt de la Cour confère nécessairement à la frontière telle qu'elle a été déterminée, ainsi qu'au statut de l'île, la validité juridique indispensable que leur avait accordé le traité de 1890 et que les Parties au compromis ont demandé à la Cour d'établir.

Also in the light of its judicial function, and taking into account the Kasane Communiqué and the official interpretation given to that Communiqué before the Court, the latter reached the decision that, in the two channels around the Island, the nationals of, and boats flying the flags of, the Republic of Botswana and the Republic of Namibia shall enjoy equal treatment in the waters of the other State. This important finding by the Court should not be regarded as extra-legal but finds a solid basis in international law and in the jurisprudence of the Court. In international law, control by a riparian State of its own fluvial territory is matched by that of free navigation. Thus, while respecting the terms of a Special Agreement empowering the Court to determine the riparian boundary between two States, the Court is entitled to lay down terms which not only determine the boundary as such but would contribute to the peace and stability between the two States. The Judgment, in my view, serves this purpose as well.

(*Signed*) Abdul G. KOROMA.

Toujours dans l'exercice de sa fonction judiciaire, compte tenu du communiqué de Kasane et de l'interprétation officielle donnée devant elle à ce communiqué, la Cour a en outre décidé que, dans les deux chenaux autour de l'île, les ressortissants et les bateaux battant pavillon de la République du Botswana et de la République de Namibie doivent bénéficier sur un pied d'égalité du régime appliqué dans les eaux de l'autre Etat. Cette importante conclusion de la Cour ne doit pas être considérée comme extra-juridique, elle est solidement fondée sur le droit international et sur la jurisprudence de la Cour. En droit international, le contrôle exercé par un Etat riverain sur son propre territoire fluvial s'accompagne de l'assurance de la liberté de navigation. Dans ces conditions, tout en respectant les termes d'un compromis l'habilitant à déterminer la frontière fluviale entre deux Etats, la Cour est également habilitée à énoncer des conditions qui non seulement déterminent la frontière en tant que telle mais vont aussi favoriser la paix et la stabilité entre les deux Etats. A mon sens, l'arrêt a également cette finalité.

(*Signé*) Abdul G. KOROMA.

DECLARATION OF JUDGE HIGGINS

The task of the Court — Temporal issues — Relevance of mistake as regards navigability — Realism in application of treaty terms — Importance of visible physical features.

1. At paragraph 28 of its Judgment the Court states that it is interpreting words in a treaty to give them their ordinary meaning; and that this is what it is doing in determining the meaning of "main channel" by "reference to the most commonly used criteria in international law". I find this somewhat fanciful. In my view, although there are commonly used international law criteria for understanding, for example, the term "thalweg", the same is not true for the term "main channel". And it seems that no "ordinary meaning" of this term exists, either in international law or in hydrology, which allows the Court to suppose that it is engaging in such an exercise. The analysis on which the Court has embarked is in reality far from an interpretation of words by reference to their "ordinary meaning". The Court is really doing something rather different. It is applying a somewhat general term, decided upon by the parties in 1890, to a geographic and hydrographic situation much better understood today.

2. The term "the main channel" is not a "generic term" (cf. *Aegean Sea Continental Shelf, I.C.J. Reports 1978*, p. 32, para. 77) — that is to say, a known legal term, whose content the parties expected would change through time. Rather, we find ourselves closer to the situation of the Arbitral Tribunal in the *Laguna del Desierto* case of 1994 (see paragraph 20 of the Court's Judgment). The Tribunal there stated that it could not accept Chile's argument:

> "that to apply the 1902 Award in light of geographical knowledge acquired subsequently would be equivalent to its revision through the retrospective consideration of new facts. The 1902 Award defined, in the sector with which this Arbitration is concerned, a frontier which follows a natural feature that, as such, does not depend on accurate knowledge of the area but on its true configuration. The ground remains as it has always been . . . [t]his Judgment is . . . faithfully applying the provisions of the Award of 1902." (*International Law Reports*, Vol. 113, p. 76, para. 157.)

DÉCLARATION DE Mme HIGGINS

[Traduction]

La tâche de la Cour — Questions temporelles — L'erreur commise au sujet de la navigabilité est-elle pertinente? — Le réalisme s'impose dans l'application de dispositions conventionnelles — L'importance de caractéristiques physiques visibles.

1. Au paragraphe 27 de son arrêt, la Cour dit qu'elle interprète les termes d'un traité pour leur donner leur sens ordinaire et que c'est là ce qu'elle fait pour déterminer le sens de l'expression «chenal principal» en «se référant aux critères les plus couramment utilisés en droit international». L'exercice me paraît un peu imaginaire. A mon sens, s'il existe des critères couramment utilisés en droit international pour comprendre, par exemple, le terme «thalweg», il n'en va pas de même pour l'expression «chenal principal». Et l'expression ne me paraît pas revêtir de «sens ordinaire», ni en droit international ni en hydrologie, qui permette à la Cour de penser qu'elle se livre bien à l'exercice qu'elle indique. L'analyse à laquelle elle se livre ne consiste absolument pas à interpréter des termes par rapport à leur «sens ordinaire». La Cour se livre en réalité à un exercice tout à fait différent. Elle applique un terme ou une expression assez générale, retenu par les parties en 1890, à une situation géographique et hydrographique que l'on comprend beaucoup mieux aujourd'hui.

2. L'expression «le chenal principal» n'est pas une «formule générique» (voir l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée, C.I.J. Recueil 1978*, p. 32, par. 77) — c'est-à-dire un terme juridique connu dont les parties s'attendaient à voir évoluer la teneur avec le temps. Nous nous trouvons plutôt dans une situation voisine de celle du tribunal arbitral appelé à statuer dans l'affaire de la *«Laguna del Desierto»* en 1994 (voir par. 20 de l'arrêt de la Cour). Dans cette affaire, le tribunal a dit qu'il ne pouvait pas accueillir l'argument du Chili

> «selon lequel l'application de la Sentence de 1902 équivaudrait, à la lumière des connaissances géographiques acquises ultérieurement, à sa révision à travers l'appréciation rétroactive de faits nouveaux... La Sentence de 1902 définit, dans le secteur concerné par cet arbitrage, une ligne frontière qui suit un accident de la nature et qui, en tant que tel, est indépendante d'une connaissance certaine des lieux mais repose sur leur seule configuration réelle. Le terrain demeure ... [c]ette sentence ... applique fidèlement ce qui a été décidé dans la Sentence de 1902.» (*Revue générale de droit international public (RGDIP)*, t. 2, 1996, p. 592, par. 157.)

This dictum retains a certain relevance, notwithstanding that the fact situation in the *Laguna* case is somewhat different from ours.

3. The Court is indeed, for this particular task, entitled to look at all the criteria the Parties have suggested as relevant. This is not to discover a mythical "ordinary meaning" within the Treaty, but rather because the general terminology chosen long ago falls to be decided today. To use contemporary knowledge and scientific data to assist in fulfilling that task is not at all inconsistent with the intertemporal rule in the *Island of Palmas* Award, which was concerned with the legal rules applicable to title to territory and not with identification, through the legal technique of evaluating evidence, of a chosen term.

4. At the same time, we must never lose sight of the fact that we are seeking to give flesh to the intention of the parties, expressed in generalized terms in 1890. We must trace a thread back to this point of departure. We should not, as the Court appears at times to be doing, decide what *in abstracto* the term "the main channel" might today mean, by a mechanistic appreciation of relevant indicia. Rather, our task is to decide what general idea the parties had in mind, and then make reality of that general idea through the use of contemporary knowledge.

5. Although the *travaux préparatoires* have little to say, our general knowledge of the time suggests that two things were important to Britain and Germany as they concluded the Treaty of 1890. The first was that they sought a clear delimitation of their spheres of interest in (*inter alia*) the north eastern sector of South West Africa. The second was that they supposed that this could be done in a way as to allow to each party the possibility of riverine access to the Zambezi.

6. We know now that the assumptions as to navigability were mistaken. For its greater part the River Chobe is not navigable; no further engineering works have been able to bring into being access to the Zambezi and indeed, even in the area around Sedudu-Kasikili, there can only be navigation by vessels of very shallow draught. But the law of mistake, and particularly Article 48 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, has no place in all of this, because it cannot plausibly be suggested that the 1890 Treaty would not have been concluded if this error had been known — nor even that the words that exercise us here would have been in a different formulation whose content we can now discern. A fully contextual application today of treaty terms selected in 1890 should not place emphasis on elements that, to be sure, have a theoretical relevance but none in the particular realities of the case. Thus in my view little account should thus today be taken of factors that go

Ce dictum conserve une certaine pertinence, même si la situation de fait dans l'affaire *Laguna* est assez différente de celle où nous nous trouvons en l'espèce.

3. La Cour a du reste, pour s'acquitter de la tâche qui lui est impartie, le droit de considérer tous les critères dont les Parties ont déclaré qu'ils étaient pertinents. Il ne s'agit pas de découvrir un «sens ordinaire» mythique dans les dispositions du traité, mais il en est ainsi parce que le vocabulaire courant retenu il y a fort longtemps demande à être expliqué aujourd'hui. Faire appel aux connaissances et aux données scientifiques de l'époque contemporaine dans l'exécution de ladite tâche n'est pas du tout incompatible avec la règle intertemporelle propre à la sentence prononcée dans l'affaire de l'*Ile de Palmas*, laquelle portait sur les règles juridiques applicables au titre de propriété sur un territoire et non à la détermination, par la technique juridique de l'appréciation d'éléments de preuve, d'un terme ou d'une expression particulière.

4. En même temps, nous ne devons pas perdre de vue le fait que nous cherchons à donner corps à l'intention des parties telle qu'elle s'est exprimée sous une forme générale en 1890. Nous devons remonter jusqu'à ce point de départ. Et nous ne devons pas, contrairement à ce que la Cour paraît faire parfois, décider ce que l'expression «chenal principal» pourrait vouloir dire aujourd'hui *in abstracto* en appréciant de façon mécanique les indices pertinents. Nous devons plutôt décider quelle idée générale les parties avaient à l'esprit et donner un caractère d'actualité à cette idée générale en faisant appel à nos connaissances contemporaines.

5. Bien que les travaux préparatoires ne nous apprennent pas grand-chose, la connaissance générale que nous avons de l'époque permet de dire que la Grande-Bretagne et l'Allemagne, au moment où elles concluaient le traité de 1890, accordaient de l'importance à deux éléments: le premier était que l'une et l'autre voulaient délimiter clairement chacune sa sphère d'intérêt notamment dans le secteur nord-est de l'Afrique du Sud-Ouest. Le second élément était que l'une et l'autre croyaient possible d'opérer cette délimitation de façon à permettre à l'une comme à l'autre d'accéder au Zambèze par la voie fluviale.

6. Nous savons aujourd'hui que les hypothèses retenues quant à la navigabilité étaient erronées. Sur la plus grande partie de son cours, le Chobe n'est pas navigable; les travaux d'ingénierie ultérieurs n'ont pas pu donner accès au Zambèze et d'ailleurs, même dans la zone entourant l'île de Sedudu-Kasikili, la navigation n'est possible que pour des bateaux de très faible tirant d'eau. Mais le droit relatif à l'erreur, et tout particulièrement l'article 48 de la convention de Vienne sur le droit des traités, n'intervient pas du tout ici, parce qu'il est impossible de dire de façon plausible que le traité de 1890 n'aurait pas été conclu si cette erreur avait été connue — et qu'il est même impossible de dire que l'énoncé sur lequel nous nous interrogeons ici aurait été différent et tel que nous pouvons l'entendre aujourd'hui. Pour appliquer aujourd'hui intégralement au contexte un énoncé conventionnel datant de 1890 il ne faut pas donner un poids particulier à des éléments qui, certes, ont de la pertinence sur le

mostly to concepts of navigability when we seek to determine which is the main channel. Nor does the fact of important contemporary tourist boating in the southern channel guide us as to which today should be designated as "the main channel", as navigation around the Island was not at all what the parties were concerned with.

7. I add, to make my position clear, that I agree with all the Judgment has to say at paragraphs 47 to 63, regarding the legal significance of the diplomatic history of the matter. However — and unlike the Court — I equally place no reliance at all in the facts said to be found by Eason, Trollope and Redman, whose methodology is not fully known to us and who were preoccupied with the question of depth; nor do I think it useful to accept as "facts" findings of the Joint Team of Experts, such "facts" not having been accepted by South Africa as determinative of the underlying legal issue.

8. By contrast, emphasis should be given to the main, and still realistic, desire of the parties to choose the channel that would most clearly mark the limits of their interests. Thus, in my view a considerable importance has thus to be given to the visible physical distinctions between the two channels. Whether the waters in them do or do not originate in the Chobe itself, whether they are stagnant or fresh, whether one channel is fractionally deeper than another, seems to me to matter very little.

9. From this perspective two competing elements immediately come into play. The first is that the Chobe Ridge could be said to play an important role in marking a clearly visible frontier, throughout the year. But the second, perhaps yet more significant, is that, year round, taking one season with another (which seems to me more relevant to the task in hand than low water mark reliance), it is the north that appears in the aerial photography and satellite imagery to be the broader and more important channel.

10. Not without some difficulty, I have therefore come to the view that the main channel — in the generalized sense intended by the parties — lies in the north.

(*Signed*) Rosalyn HIGGINS.

plan théorique mais n'en ont aucune pour la réalité concrète de l'affaire. C'est pourquoi à mon avis il ne faut pas vraiment tenir compte aujourd'hui d'éléments relevant principalement des principes de la navigabilité quand nous cherchons à déterminer quel est le chenal principal. Et le fait que, de nos jours, la navigation touristique est importante dans le chenal sud ne nous donne pas non plus beaucoup d'indications sur le chenal qu'il faut considérer aujourd'hui comme le «chenal principal», car la navigation autour de l'île n'était pas du tout ce à quoi s'intéressaient les parties.

7. J'ajoute, pour bien préciser ma position, que je souscris à tout ce que dit l'arrêt aux paragraphes 47 à 63 au sujet de l'importance juridique qu'il faut attacher à l'histoire diplomatique en l'espèce. Toutefois, à la différence de la Cour, je n'accorde aucune pertinence non plus aux faits qu'auraient constatés Eason, Trollope et Redman, dont la méthodologie ne nous est pas parfaitement connue et qui s'intéressaient à la question de la profondeur; je ne crois pas non plus utile d'accepter comme étant des «faits» les constatations de l'équipe conjointe d'experts, l'Afrique du Sud n'ayant pas accepté que ces «faits» donnent la solution du problème juridique sous-jacent.

8. Par opposition, il faut accorder du poids à la principale ambition, toujours très concrète, des parties qui veulent retenir le chenal propre à délimiter le plus clairement leur sphère d'intérêt. C'est pourquoi il faut à mon avis accorder une importance considérable aux distinctions physiques visibles existant entre les deux chenaux. Que ce soit le Chobe lui-même qui alimente ou non ces chenaux, que l'eau y stagne ou bien qu'il y ait du courant, que l'un des deux chenaux soit très légèrement plus profond que l'autre, autant d'indications qui ne jouent à mon avis pratiquement aucun rôle.

9. Dans cette optique, deux éléments concurrents entrent immédiatement en jeu. Le premier est que l'on peut dire que l'arête du Chobe joue quant à elle un rôle important parce qu'elle constitue d'un bout de l'année à l'autre une frontière très visible. Mais le second élément qui a peut-être encore plus d'importance est que, d'un bout de l'année à l'autre, d'une saison à l'autre (indication qui me paraît plus pertinente du point de vue de la conclusion demandée à la Cour que la laisse de basses eaux), c'est le chenal nord qui, dans les photographies aériennes et les images par satellite, semble être le chenal le plus large et le plus important.

10. Non sans difficulté, j'en suis donc venue à penser que le chenal principal — selon l'acception générale retenue par les parties — est le chenal nord.

(*Signé*) Rosalyn HIGGINS.

SEPARATE OPINION OF JUDGE ODA

TABLE OF CONTENTS

Paragraphs

I. INTRODUCTORY REMARKS 1-8

II. THE CASE PRESENTED TO THE COURT BY MEANS OF A *COMPROMIS* 9-21
  (1) Lack of clarity in the *compromis* 9-10
  (2) The background to the filing of the case at the Court 11-17
  (3) Further comments on the lack of clarity in the *compromis* 18-21

III. "ON THE BASIS OF THE 1890 ANGLO-GERMAN TREATY" 22-33
  (1) Introduction 22
  (2) The significance of the 1890 Anglo-German Treaty 23-27
  (3) The meaning of "main channel" in the 1890 Treaty 28-32
  (4) How has the "main channel" been recognized on various occasions in the past? 33

IV. "ON THE BASIS OF THE RULES AND PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW" 34-36

V. HOW THE "MAIN CHANNEL" OF THE CHOBE RIVER WAS RECOGNIZED IN PAST PRACTICE AND HOW THAT WOULD ASSIST THE COURT TO DETERMINE THE BOUNDARY ALONG THE CHOBE RIVER 37-59
  (1) Introduction 37-38
  (2) Treatment of maps 39-41
  (3) The geographical conditions of the area surrounding Kasikili/Sedudu Island and the political and social situation of the Island up to middle of this century 42-47
  (4) The confrontation in the 1940s between the authorities of the Union of South Africa and the British High Commissioner's Office for the Bechuanaland Protectorate 48-56
  (5) The occurrence of incidents in 1984 after Botswana's independence in 1966, and the joint survey which followed 57-58
  (6) What does the past practice indicate? 59

VI. CONCLUSION 60-63

OPINION INDIVIDUELLE DE M. ODA

[Traduction]

TABLE DES MATIÈRES

Paragraphes

I. INTRODUCTION 1-8

II. L'AFFAIRE SOUMISE A LA COUR AU MOYEN D'UN COMPROMIS 9-21
  1) Le compromis manque de clarté 9-10
  2) Les antécédents préludant à la saisine de la Cour 11-17
  3) Observations complémentaires sur le manque de clarté du compromis 18-21

III. «SUR LA BASE DU TRAITE ANGLO-ALLEMAND DE 1890» 22-33
  1) Introduction 22
  2) L'importance du traité anglo-allemand de 1890 23-27
  3) Le sens de l'expression «chenal principal» dans le traité de 1890 28-32
  4) Comment le «chenal principal» a-t-il été reconnu à diverses reprises dans le passé? 33

IV. «SUR LA BASE DES RÈGLES ET PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL» 34-46

V. COMMENT LE «CHENAL PRINCIPAL» DU CHOBE A ÉTÉ RECONNU DANS LA PRATIQUE ANTÉRIEURE ET COMMENT CELA POURRAIT-IL AIDER LA COUR A SITUER LA FRONTIÈRE LE LONG DU FLEUVE CHOBE 37-59
  1) Introduction 37-38
  2) Examen des cartes 39-41
  3) La géographie de la zone entourant l'île de Kasikili/Sedudu et la situation politique et sociale de l'île jusqu'au milieu du XX^e^ siècle 42-47
  4) La confrontation, pendant les années quarante, entre les autorités de l'Union sud-africaine et les services du haut commissaire britannique chargés du protectorat du Bechuanaland 48-56
  5) Les incidents qui ont lieu en 1984 après l'indépendance du Botswana en 1966, et l'enquête topographique conjointe qui a suivi 57-58
  6) Que dit la pratique antérieure? 59

VI. CONCLUSION 60-63

I. INTRODUCTORY REMARKS

1. I voted in favour of the Court's Judgment, as I support its determination that the northern channel of the Chobe River constitutes the boundary between Botswana and Namibia, and that Kasikili/Sedudu Island forms part of the territory of Botswana.

2. Although I voted in favour of subparagraph (3) of the operative part, I felt that this matter, which was not in fact presented to the Court in the *compromis* and was not indicated in the submissions of either Party, need not be dealt with in the operative part of the Judgment, since it had already been sufficiently discussed in the prior sections of the Judgment devoted to the reasoning (paras. 102 and 103).

*

3. I must say, to my great regret, that I fail to understand properly the sequence of logic followed by the Court in this Judgment. The reasoning which led the Court to its decision does not necessarily reflect my own understanding of the case as a whole. I could even say that I am totally lost when reading the Judgment and I quote an illustration below:

> "41. For the foregoing reasons [in the part above, the Court mentions the natural physical conditions of the channel], the Court concludes that, in accordance with the ordinary meaning of the terms that appear in the pertinent provision of the 1890 Treaty, the northern channel of the River Chobe around Kasikili/Sedudu Island must be regarded as its main channel."
>
> "79. The Court concludes from all of the foregoing that the subsequent practice of the parties to the 1890 Treaty did not result in any 'agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions', within the meaning of Article 31, paragraph 3 *(a)*, of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, nor did it result in any 'practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation', within the meaning of subparagraph *(b)* of that same provision."
>
> "80. . . . The Court finds that these facts, while not constituting subsequent practice by the parties in the interpretation of the 1890 Treaty, nevertheless support the conclusions which it has reached by interpreting Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms (see paragraph 41 above)."
>
> "88. The foregoing interpretation of the relevant provisions of the 1890 Treaty leads the Court to conclude that the boundary between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island provided for in this Treaty lies in the northern channel of the Chobe River."

I. INTRODUCTION

1. J'ai voté pour l'arrêt, estimant que la Cour a raison de dire que c'est le chenal nord du Chobe qui constitue la frontière entre le Botswana et la Namibie et que l'île de Kasikili/Sedudu fait partie du territoire du Botswana.

2. J'ai voté pour le paragraphe 3) du dispositif mais j'estime que cette question, qui n'a pas en fait été soumise à la Cour dans le compromis et n'était pas non plus citée dans les conclusions des Parties, n'a pas à figurer dans le dispositif de l'arrêt, car elle a déjà été suffisamment traitée dans les sections précédentes de l'arrêt consacrées aux motifs (par. 102 et 103).

*

3. Je me vois contraint de dire qu'à mon grand regret je ne suis pas bien la logique adoptée dans son arrêt par la Cour. Les motifs qui ont inspiré à la Cour sa décision ne correspondent pas nécessairement à la façon dont je comprends l'affaire dans son ensemble. Je peux même dire que je suis totalement perdu à la lecture de l'arrêt et je donnerai l'exemple ci-dessous:

> «41. Pour les motifs qui précèdent [dans la partie qui précède, la Cour parle des particularités physiques du chenal], la Cour conclut que le chenal nord du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu doit être considéré comme son chenal principal suivant le sens ordinaire des termes figurant dans la disposition pertinente du traité de 1890.»
>
> «79. La Cour conclut de tout ce qui précède que la conduite ultérieure des parties au traité de 1890 n'a donné lieu à aucun «accord... entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions», au sens de l'alinéa *a)* du paragraphe 3 de l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, et qu'elle n'a pas davantage donné lieu à une quelconque «pratique ... suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité», au sens de l'alinéa *b)* de cette même disposition.»
>
> «80. ... La Cour estime que ces faits, même s'ils ne constituent pas une «pratique ultérieure» des parties au traité de 1890 quant à l'interprétation de celui-ci, n'en étayent pas moins les conclusions auxquelles elle est parvenue en interprétant le paragraphe 2 de l'article III du traité suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes (voir par. 41 ci-dessus).»
>
> «88. L'interprétation des dispositions pertinentes du traité de 1890 à laquelle la Cour a procédé ci-dessus l'amène à conclure que la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu, définie par ce traité, passe dans le chenal nord du Chobe.»

4. It is most important to note that this case is *not* brought by unilateral application by one of the Parties to this dispute in order to seek clarification of international law governing the boundary between the two States in question and the legal status of Kasikili/Sedudu Island by applying the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. This is a case brought by means of a *compromis*, by which the Parties seek to have the Court determine the boundary and the legal status of the Island *on the basis of the criteria* which the Parties jointly wish to be applied.

It appears to me that the Judgment places excessive reliance upon the Vienna Convention on the Law of Treaties for the purpose of the Court's interpretation of the 1890 Anglo-German Treaty. The Parties to this case certainly agreed that the Court should be asked to determine the boundary *on the basis* of the 1890 Treaty — and it should again be pointed out quite categorically that Botswana and Namibia are not parties to that Treaty — but the Court has *not* been asked to interpret the 1890 Treaty itself. The Judgment quotes Article 31 (General rule of interpretation) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties almost in its entirety. Reference is made in the Judgment to this provision of the Vienna Convention at least eleven times. Although I am fully aware that the Vienna Convention reflects customary international law, it should, however, be noted, as the Judgment correctly points out in its paragraph 18, that this Convention "applies only to treaties which are concluded by States after the entry into force of the present Convention with regard to such States" (Art. 4). In fact, the Convention came into force in 1980. This case does not appear to me to be one related to the application of the Vienna Convention.

5. I gain the impression that the Parties to this case, Botswana and Namibia, as well as the Court have devoted much time and energy to interpreting the German term "*Thalweg*", which, as the Judgment itself admits, was simply a translation of the English word "centre" (Judgment, para. 46). The Court was requested to determine where — whether in the northern or the southern channel of the Chobe River — the "main channel", as referred to in Article III (2) of the 1890 Treaty, and hence the boundary between Botswana and Namibia, should be considered to lie. In this respect, I fail to understand why the operative part of the Judgment states that the boundary follows "the line of deepest soundings" in the northern channel of the Chobe River (Judgment, para. 104 (1)). As proposed by the Parties during the oral hearings, the Court has employed the phrase "the line of deepest soundings" as a substitute for the word "*Thalweg*" (Judgment, para. 89). It would, in my view, have been sufficient for the Court to state simply — and nothing more — which of the two channels, the northern or the southern, constitutes the "main channel", namely the boundary in the Chobe River separating Botswana and Namibia.

6. It seems to be very important to make a distinction between, on the

4. Il importe au plus haut point de relever que la Cour n'est *pas* saisie par voie de requête unilatérale de l'une des Parties au différend demandant que lui soit précisé le droit international régissant le tracé de la frontière entre les deux Etats en question ainsi que le statut juridique de l'île de Kasikili/Sedudu en vertu de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. La Cour est saisie par la voie d'un compromis, par lequel les Parties demandent à la Cour de déterminer ladite frontière et ledit statut juridique de l'île *sur la base des critères* que les Parties veulent l'une et l'autre voir appliquer.

A mon avis, la Cour se fonde à l'excès sur la convention de Vienne sur le droit des traités pour interpréter le traité anglo-allemand de 1890. Certes, les Parties ont convenu de demander à la Cour de déterminer la frontière *sur la base* du traité de 1890 — et il convient à nouveau de faire très fermement observer que ni le Botswana ni la Namibie ne sont parties audit traité — mais la Cour n'a *pas* été priée d'interpréter le traité de 1890 lui-même. Dans son arrêt, la Cour cite presque intégralement l'article 31 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités qui énonce une règle générale d'interprétation. Dans l'arrêt, la Cour va évoquer onze fois au moins cette disposition de la convention de Vienne. Je sais parfaitement que cette convention de Vienne est le reflet du droit international coutumier, mais il ne faut pas oublier, comme il est très justement indiqué au paragraphe 18 de l'arrêt, que ladite convention «s'applique uniquement aux traités conclus par des Etats après son entrée en vigueur à l'égard de ces Etats» (art. 4). En fait, la convention est entrée en vigueur en 1980. La présente espèce ne me paraît donc pas se rattacher à l'application de la convention de Vienne.

5. J'ai l'impression que les Parties, le Botswana et la Namibie, ainsi que la Cour elle-même ont consacré beaucoup de temps et d'énergie à interpréter le terme allemand «*Thalweg*», lequel, comme l'arrêt le reconnaît lui-même, était simplement la traduction du terme anglais «centre» (arrêt, par. 46). La Cour a été priée de déterminer où — c'est-à-dire soit dans le chenal nord soit dans le chenal sud du Chobe — il faut considérer que se situe le «chenal principal» visé au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890, et par conséquent la frontière entre le Botswana et la Namibie. Je dois dire à ce propos que je ne comprends pas pourquoi la Cour dit dans le dispositif de son arrêt que la frontière suit «la ligne des sondages les plus profonds» dans le chenal nord du fleuve Chobe (arrêt, par. 104, al. 1)). Comme les Parties l'ont proposé au cours de la procédure orale, la Cour a utilisé cette formule «ligne des sondages les plus profonds» comme équivalent du terme *Thalweg* (arrêt, par. 89). Mais il eût suffi à mon avis que la Cour dise simplement, sans plus, lequel des deux chenaux, le chenal nord ou le chenal sud, constitue le «chenal principal», c'est-à-dire la frontière située dans le fleuve Chobe qui sépare le Botswana et la Namibie.

6. Il me paraît extrêmement important de bien faire la distinction entre

one hand, the criteria to be employed in order to determine the "main" channel in general terms and, on the other, a decision applying those criteria to a specific geographical situation. The criteria for determining the "main" channel may well be settled by law, with the assistance of scientific knowledge, but the determination of the "main channel" as a boundary by employing the said criteria, in any specific geographical situation, is far from being a legal function. I would recall that, at the time of the meeting in Kasane of the Presidents of Botswana and Namibia in May 1992, the two States tried to settle the matter as a *technical* problem that could be solved by the expertise of *technical* experts (see paragraphs 13 and 14 of this opinion). The Judgment deals with these two matters in its paragraphs 20 to 40 and attempts to rule on them, relying only on the information given in the written and oral pleadings by the respective Parties, but without the benefit of objective scientific knowledge, which it could have obtained itself but chose not to.

7. The Judgment refers to various acts or conduct relating to the Chobe River and to certain survey reports concerning the River produced by various authorities. I accept that these facts and the survey reports are extremely important for the Court's consideration of the matter. However, I am unable to accept the Court's position that such facts and reports could be considered only as possible evidence of "any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions" or "any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation" within the meaning of Article 31, paragraph 3, of the Vienna Convention on the Law of Treaties, to be taken into account when interpreting the 1890 Anglo-German Treaty. The Court, after a lengthy analysis (paras. 47 to 70), comes to the conclusion that the facts and documents in question *cannot* be regarded as constituting "any subsequent agreement" or "any subsequent practice" to be used for the interpretation of the 1890 Treaty, although the Court ultimately found that these facts "nevertheless support the conclusions which it has reached by interpreting Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms" (para. 80). I would rather suggest that these facts and documents should be considered at their face value, as historical background to the present case but without having any bearing on the provisions of the Vienna Convention, in order to assist the Court in determining the boundary.

8. As my position in regard to this case differs somewhat from the views that have led the Court to its Judgment, I feel that I should sketch out the view that I take of it.

les critères à utiliser pour établir quel est sur un plan général le «chenal principal» d'une part, et, de l'autre, une décision consistant à appliquer lesdits critères à une certaine situation géographique. Les critères permettant de déterminer le chenal «principal» peuvent très bien être définis par le droit, avec le concours de connaissances scientifiques, mais la détermination du «chenal principal» en tant que frontière qui est opérée par le recours aux mêmes critères dans n'importe quelle situation géographique n'a rien d'une fonction juridique. Je rappellerai qu'au moment où les présidents du Botswana et de la Namibie se sont réunis à Kasane en mai 1992, les deux Etats ont tenté de régler la question comme s'il s'agissait d'un problème *technique* qu'ils pourraient résoudre en faisant appel à des experts *techniques* (voir paragraphes 13 et 14 de la présente opinion). Les deux questions sont examinées aux paragraphes 20 à 40 de l'arrêt et la Cour tente de se prononcer à ce sujet, en s'appuyant exclusivement sur les informations données par les parties dans leurs écritures et au cours de la procédure orale, mais sans bénéficier de connaissances scientifiques objectives qu'elle aurait pu obtenir elle-même mais qu'elle a refusé de demander.

7. L'arrêt évoque divers actes ou comportements concernant le fleuve Chobe et certains rapports d'enquête sur le fleuve qui émanent de diverses autorités. J'admets que ces faits et ces rapports d'enquête sont extrêmement importants aux fins de l'examen de la question par la Cour. Mais je ne peux pas admettre la position de la Cour qui est que ces faits et ces rapports ne peuvent être pris en compte que comme témoignant éventuellement de «tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions» ou de «toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité» au sens de l'article 31, paragraphe 3 de la convention de Vienne sur le droit des traités, témoignages à prendre en considération pour interpréter le traité anglo-allemand de 1890. Après une longue analyse (par. 47-79), la Cour aboutit à la conclusion que les faits et les documents en question *ne peuvent pas* être considérés comme constituant «un accord ultérieur quelconque» ni «une pratique ultérieure quelconque» qui puisse servir à interpréter le traité de 1890, bien qu'elle estime finalement que lesdits faits «n'en étayent pas moins les conclusions auxquelles elle est parvenue en interprétant le paragraphe 2 de l'article III du traité suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes» (par. 80). Je dirai pour ma part que ces faits et documents doivent être pris simplement pour ce qu'ils sont, si l'on veut qu'ils aident la Cour à déterminer le tracé de la frontière, c'est-à-dire comme des éléments historiques intéressant la présente affaire qui n'ont toutefois aucune incidence du point de vue des dispositions de la convention de Vienne.

8. Comme ma position ne correspond pas tout à fait aux vues qui ont conduit la Cour à formuler son arrêt, j'estime devoir indiquer rapidement comment je conçois l'affaire.

II. The Case Presented to the Court by Means of a *Compromis*

(1) Lack of Clarity in the Compromis

9. I first ask myself what is the subject-matter of the "case" presented by the *compromis* between Botswana and Namibia pursuant to Article 36, paragraph 1, of the Statute.

In the second paragraph of the Preamble to the *compromis*, Botswana and Namibia both state that "a *dispute* exists between [Botswana] and [Namibia] relative to the *boundary* around Kasikili/Sedudu Island" (emphasis added), but in Article I they request the Court to determine not only "the *boundary* between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island" (emphasis added) but also "the *legal status* of the island" (emphasis added). It might be contended that the determination of the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island would in fact have the same effect as the determination of the *boundary* between Botswana and Namibia in the area around Kasikili/Sedudu Island. It would seem that both States had originally thought that the determination of the *boundary* in the Chobe River would automatically determine the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island.

The determination of the *boundary* in the Chobe River would indeed result in the determination of the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island. Conversely, a determination of the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island would also result in the determination of the *boundary*. However, the solutions to these two issues may not necessarily be the same. It appears that the two States, whether intentionally or unintentionally, have radically changed their approach, in that an issue relating to the river *boundary* in the Chobe River has now become an issue also over the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island.

At all events, the Court should not have overlooked the contradiction between these two different theses: on the one hand, the definition of the *dispute*, including only matters relating to a *boundary* as defined in the Preamble to the *compromis*, and on the other hand, the request contained in Article I of the *compromis* concerning the *boundary* in the Chobe River and the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island.

10. The Court is requested "to determine . . . on the basis of the [1890] Anglo-German Treaty . . . and the rules and principles of international law" (*compromis*, Art. I). The words "rules and principles of international law" are understood by the Parties to mean "those [as] set forth in the provisions of Article 38, paragraph 1, of the Statute of the International Court of Justice" (*compromis*, Art. III), namely, "the general principles of law recognized by civilized nations" (Statute, Art. 38, para. 1).

In my view these two bases on which to proceed may be mutually contradictory, or even mutually exclusive. If the Court takes the 1890 Anglo-German Treaty as its basis, it cannot at the same time take into account "the rules and principles of international law", which the Parties

II. L'AFFAIRE SOUMISE À LA COUR AU MOYEN D'UN COMPROMIS

1) Le compromis manque de clarté

9. Je commencerai par m'interroger sur l'objet de l'«affaire» soumise à la Cour par la voie du compromis conclu entre le Botswana et la Namibie conformément à l'article 36, paragraphe 1 du Statut.

Au deuxième alinéa du préambule de ce compromis, le Botswana et la Namibie déclarent ensemble qu'«un *différend* relatif à la *frontière* autour de l'île de Kasikili/Sedudu oppose [le Botswana] et la [Namibie]» (les italiques sont de moi), mais à l'article premier, les deux pays prient la Cour de déterminer non seulement «la frontière» entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu» (les italiques sont de moi) mais aussi «le *statut juridique* de cette île» (les italiques sont de moi). On pourrait soutenir que la détermination du *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu aurait en fait le même effet que la détermination de la *frontière* entre le Botswana et la Namibie dans la région située autour de cette île. C'est-à-dire que les deux Etats auraient estimé au départ que la détermination de la *frontière* dans le Chobe reviendrait automatiquement à déterminer le *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu.

La détermination de la *frontière* dans le Chobe aboutirait effectivement à déterminer le *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu. A l'inverse, la détermination du *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu reviendrait également à déterminer la *frontière*. Toutefois, les solutions apportées à ces deux questions ne sont pas nécessairement les mêmes. Il semble que les deux Etats aient, intentionnellement ou non, complètement modifié leur approche, en ce sens que la question qui se pose au sujet de la *frontière* fluviale dans le Chobe soit désormais aussi une question à résoudre quant au *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu.

De toute façon, la Cour n'aurait pas dû négliger la contradiction entre les deux thèses distinctes: d'une part, la définition du *différend*, laquelle porte exclusivement sur des questions relatives à une *frontière* selon la définition donnée dans le préambule du compromis, et, d'autre part, la demande formulée à l'article 1 dudit compromis concernant la *frontière* dans le Chobe et le *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu.

10. La Cour est priée «de déterminer, sur la base du traité anglo-allemand [de 1890] et des règles et principes du droit international...» (compromis, art. I). Pour les Parties, les termes «règles et principes du droit international» sont «ceux qui sont énumérés au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice» (compromis, art. III), c'est-à-dire «les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» (Statut, art. 38, par. 1).

A mon sens, les deux bases sur lesquelles la Cour est appelée à statuer risquent d'être contradictoires, voire de s'exclure l'une l'autre. Si la Cour se fonde sur le traité anglo-allemand de 1890, elle ne peut pas en même temps prendre en considération «les règles et principes du droit interna-

interpret as being "the general principles of law recognized by civilized nations".

If we confine ourselves to the first question, relating to the *boundary* in the Chobe River between Botswana and Namibia in the area of Kasikili/Sedudu Island, the 1890 Anglo-German Treaty can be used as a basis for the Court's determination. If, however, we deal with the second question, namely the determination of the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island, the "rules and principles of international law" in general may be thought to apply. In sum, the two bases to be applied by the Court cannot be considered as supplementary or harmonious, for they are mutually contradictory.

I assume that both countries thought a *boundary* could be drawn on the basis of the 1890 Anglo-German Treaty, and that for this purpose the determination of the "main channel" of the Chobe River provided for in the 1890 Treaty would be the cornerstone of the case. However, given that the two States changed their positions on the matter, making the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island one of the two main issues of the "case", a conclusion cannot be reached simply from an interpretation of what constitutes the "main channel" of the Chobe River but must also involve application of "the rules and principles of international law" (interpreted by the Parties as being the general principles of law recognized by civilized nations).

This change in the Parties' approach to the issues can be seen from the account of the background to events that I give in the next section.

(2) The Background to the Filing of the Case at the Court

11. The Court is faced with a "case" between Botswana (which gained independence from the former British Protectorate Bechuanaland in 1966) and Namibia (which had been under the administration of the United Nations Council for Namibia until 1990) concerning the geography of Kasikili/Sedudu Island in the Chobe River and the surrounding area. Let me examine how this "case", submitted under Article 36, paragraph 1, of the Statute, has arisen between these two States.

On gaining its independence in 1966, Botswana took over the area, which since 1886 had been under the authority of the British Protectorate of Bechuanaland (Judgment, para. 14). On independence in 1990, the territory of Namibia remained identical to that of South West Africa — the 1881 German sphere of influence (*ibid.*). Upon the outbreak of the First World War, the area under German influence, known today as the territory of Namibia, was occupied and governed by British forces from Southern Rhodesia. This area was then transferred to the mandatory territory under the Union of South Africa in the League of Nations system in 1919 and was, from 1967, placed under the administration of the United Nations Council for Namibia, though *de facto* control by the Republic of South Africa continued until 1990. There has

tional» que les Parties interprètent comme correspondant aux «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées».

Si nous nous limitons à la première question, celle qui a trait à la *frontière* du Chobe qui sépare le Botswana et la Namibie dans la région de l'île de Kasikili/Sedudu, le traité anglo-allemand de 1890 peut servir de base à la décision de la Cour. Si toutefois nous répondons à la seconde question, c'est-à-dire que nous déterminons le *statut juridique* de l'île, on peut estimer qu'il faut appliquer en général les «règles et principes du droit international». Bref, les deux bases à retenir par la Cour ne peuvent pas être considérées comme complémentaires ni harmonieuses car elles se contredisent l'une l'autre.

Je présume que les deux pays ont estimé qu'il était possible de tracer une *frontière* sur la base du traité anglo-allemand de 1890 et qu'à cette fin la détermination du «chenal principal» du Chobe inscrite dans le traité de 1890 constituerait la pierre angulaire de l'affaire. Mais comme les deux Etats ont changé de position et ont fait du *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu l'une des deux principales questions de l'«affaire», il n'est pas possible de statuer simplement à partir d'une interprétation de ce qui constitue le «chenal principal» du Chobe, il faut encore appliquer les «règles et principes du droit international» (c'est-à-dire, selon l'interprétation commune des Parties, les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées).

Le compte rendu historique ci-dessous montre comment les Parties ont donc modifié leur conception des questions à résoudre.

2) Les antécédents préludant à la saisine de la Cour

11. La Cour est saisie d'une «affaire» opposant le Botswana (qui était l'ancien protectorat britannique du Bechuanaland et a accédé à l'indépendance en 1966) et la Namibie (qui était jusqu'en 1990 placée sous administration du Conseil des Nations Unies pour la Namibie) au sujet de la géographie de l'île de Kasikili/Sedudu située dans le fleuve Chobe et de la zone entourant l'île. Voyons comment cette «affaire» soumise à la Cour en vertu du paragraphe 1 de l'article 36 du Statut a surgi entre ces deux Etats.

En accédant à l'indépendance en 1966, le Botswana s'est installé sur le territoire qui depuis 1886 était placé sous l'autorité du protectorat britannique du Bechuanaland (arrêt, par. 14). A son indépendance en 1990, le territoire de la Namibie est resté celui-là même qui avait été celui du Sud-Ouest africain, lequel relevait de la sphère d'influence allemande en 1881 (*ibid.*). Quand éclata la première guerre mondiale, la région relevant de la sphère d'influence allemande, que l'on connaît aujourd'hui comme étant le territoire namibien, a été occupée et gouvernée par des forces britanniques venues de Rhodésie du Sud. Puis cette région a été placée à titre de territoire sous mandat sous administration de l'Union sud-africaine dans le cadre du système établi par la Société des Nations en 1919 puis, à partir de 1967, elle a été placée sous l'administration du

been no difference of views between Botswana and Namibia on these facts.

12. If there was any territorial issue between the two States, Botswana and Namibia, concerning this area in the region of the Chobe River, it originated from the fact that Namibia, after its independence in 1990, sent armed forces to Kasikili/Sedudu Island in 1991 and that, also in 1991, Botswana raised its national flag over the Island.

It would appear from these two incidents that in 1991 each of the two States, Botswana and Namibia, thought that Kasikili/Sedudu Island formed part of its sovereign territory. However, neither State expressed the view that there had been any violation of sovereignty by the other State. If any immediate negotiation did take place between the two countries on this issue, it was not reported.

13. It was as a result of the above incidents that the two States' difference of views regarding the territoriality of Kasikili/Sedudu Island came to light.

The Presidents of Botswana and Namibia met on 24 May 1992 at Kasane, thanks to the good offices of the President of Zimbabwe, in order to "discuss the *boundary* between Botswana and Namibia around Sedudu/Kasikili Island" (emphasis added). After touring the Chobe River and viewing Kasikili/Sedudu Island, the three Presidents examined various documents, in particular the 1890 Anglo-German Treaty, which defined the German sphere of influence as being bounded by "the centre of the main channel of [the Chobe] river" (1890 Treaty, Art. III (2)). The three Presidents "decided that the *issue* should be resolved peacefully" (emphasis added) and

> "[t]o this end they agreed that the boundary . . . should be a subject of investigation by a joint team of six . . . *technical* experts . . . to determine where the boundary lies in the terms of the [1890] Treaty . . . The Presidents agreed that the findings of [the] team . . . shall be final and binding on Botswana and Namibia" (emphasis added) (Memorial of Namibia, IV, Ann. 10, p. 71; Memorial of Botswana, III, Ann. 55, p. 412).

There was no disagreement between Botswana and Namibia that they should rely on the 1890 Treaty, which determined the line of separation of the sphere of influence between Germany and Great Britain as the centre of the "main channel" of the Chobe River. It would thus seem that their intention was *not* to settle an existing *dispute*, if one existed at all, but rather to determine the *hitherto uncertain boundary* with the assistance of the *technical* experts who would be able to identify the "main channel" of the Chobe River.

14. The Presidents of Botswana and Namibia were in agreement that

Conseil des Nations Unies pour la Namibie, bien que la République sud-africaine ait continué à exercer son contrôle *de facto* jusqu'en 1990. Il n'y a pas de divergence de vues entre le Botswana et la Namibie sur ces faits.

12. S'il y a eu différend territorial entre les deux Etats, le Botswana et la Namibie, au sujet de cette zone de la région du fleuve Chobe, il faut l'attribuer au fait que la Namibie, après avoir accédé à l'indépendance en 1990, a envoyé des forces armées en 1991 sur l'île de Kasikili/Sedudu et au fait qu'en 1991 également, le Botswana a fait flotter son drapeau national sur l'île.

Il semble découler de ces deux incidents qu'en 1991 chacun des deux Etats, le Botswana et la Namibie, estimaient que l'île de Kasikili/Sedudu faisait partie intégrante de son territoire souverain. Or, aucun des deux Etats n'a alors exprimé l'avis que l'autre Etat s'était rendu coupable d'une violation de sa souveraineté. Si la négociation s'est immédiatement engagée entre les deux pays sur cette question, on ne l'a pas su.

13. Mais c'est à la suite des incidents ci-dessus que l'on s'est rendu compte qu'il existait entre les deux Etats une divergence de vues quant à l'appartenance territoriale de l'île de Kasikili/Sedudu.

Le 24 mai 1992, grâce aux bons offices du président du Zimbabwe, les présidents du Botswana et de la Namibie se rencontrent à Kasane pour «traiter de la *frontière* entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Sedudu/Kasikili» (les italiques sont de moi). Après s'être promenés sur le Chobe, après avoir vu l'île de Kasikili/Sedudu, les trois présidents ont examiné divers documents, en particulier le traité anglo-allemand de 1890 qui définissait la sphère d'influence allemande comme étant limitée par la ligne qui suit «le centre du chenal principal [du] fleuve [Chobe]» (traité de 1890, art. III, par. 2). Les trois présidents ont «décidé que cette *question* devait être réglée pacifiquement» (les italiques sont de moi) et

> «[à] cette fin, ils sont convenus que la frontière ... devrait faire l'objet d'une étude menée par une commission mixte de six experts *techniques* ... pour déterminer où se trouve la frontière aux termes du traité [de 1890]... Les présidents sont convenus que les conclusions de la commission mixte ... auront un caractère définitif et obligatoire pour le Botswana et la Namibie.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 10, p. 71 ; mémoire du Botswana, vol. III, annexe 55, p. 412 ; les italiques sont de moi.)

Il ne faisait pas de doute pour le Botswana et la Namibie que l'un et l'autre devaient s'appuyer sur le traité de 1890, lequel définissait la ligne de séparation de la sphère d'influence entre l'Allemagne et la Grande-Bretagne comme se situant au centre du «chenal principal» du Chobe. Les deux Etats avaient donc pour intention, semble-t-il, *non pas* de régler un *différend*, si du moins il en existait un, mais plutôt de déterminer où se situait *la frontière jusqu'alors incertaine* avec le concours des experts *techniques*, lesquels seraient à même d'identifier le «chenal principal» du Chobe.

14. Les présidents du Botswana et de la Namibie estimaient l'un et

the *boundary* should be determined as the "main channel" of the Chobe River as provided for in the 1890 Anglo-German Treaty. It would appear that, in their view, the issue of the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island would not be taken up as such. The territoriality of the Island did *not*, of itself, constitute an issue.

It should also be noted that the expression "dispute" was not used in the joint Communiqué issued by the three Presidents. It can be said that, up to and including the time of the meeting of the three Presidents, neither Namibia nor Botswana considered that there had been a *dispute*. The two States wanted to have the Court determine the actual course of the boundary in terms of the "main channel" as stated in the 1890 Treaty, with the assistance of the joint team of *technical experts*, who, by their investigations, would determine which — either the northern or the southern channel — was the "main channel". The territoriality of Kasikili/Sedudu Island would have been automatically settled by drawing such a delimitation line.

*

15. It would seem that, a few months after the meeting at Kasane, the understanding reached by the Presidents of Botswana and Namibia was completely rejected at governmental level. The issue was termed a *dispute* at the meeting at Windhoek starting on 8 December 1992 (Memorial of Botswana, III, Ann. 56, p. 416), which had been convened in order to decide the terms of reference of the Joint Team of Technical Experts on Boundary (hereinafter "JTTE") that was to be established. The "Memorandum of Understanding" between Botswana and Namibia was drafted on 23 December 1992 (Memorial of Namibia, IV, Ann. 11, p. 73; Memorial of Botswana, III, Ann. 57, p. 428) following this preliminary meeting.

The "Memorandum of Understanding" states in its Preamble that a *dispute* exists relative to the *boundary* between Botswana and Namibia, and also refers to the desire of both countries to "settl[e] such *dispute* by peaceful means in accordance with the principles of both the Charter of the United Nations and the Charter of the Organisation of African Unity" (emphasis added). The "Memorandum of Understanding" sets up a JTTE, consisting of three *technical* experts from each country "to determine the *boundary* between Botswana and Namibia around Kasikili/Sedudu Island in accordance with the [1890] Anglo-German Treaty" (emphasis added); in other words to find whether the northern or the southern channel should be regarded as the "main channel".

The form of words "a *dispute* exists relative to the *boundary* between . . . Botswana and . . . Namibia" (emphasis added) first appeared in this "Memorandum of Understanding" of 23 December 1992 and was later employed in the *compromis* of 29 May 1996 by which the present case

l'autre que la *frontière* devait être déterminée comme correspondant au «chenal principal» du Chobe conformément à ce que prescrivait le traité anglo-allemand de 1890. Il semble qu'à leur avis, la question du *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu ne serait pas traitée comme telle. L'appartenance territoriale de l'île ne constituait *pas*, en soi, une question litigieuse.

Il convient également de noter que le terme «différend» n'apparaît pas dans le communiqué publié conjointement par les trois présidents. On peut dire que jusqu'à cette réunion des trois présidents et jusqu'à sa conclusion, ni la Namibie ni le Botswana n'estimaient qu'il y avait un *différend*. Les deux Etats ont voulu que la Cour détermine le tracé de la frontière qui correspond au «chenal principal» aux termes du traité de 1890, avec le concours de l'équipe mixte d'*experts techniques* qui, à la suite de leurs recherches, vont établir quel est, entre le chenal nord et le chenal sud, le «chenal principal». L'appartenance territoriale de l'île de Kasikili/Sedudu serait automatiquement réglée par le tracé de cette ligne de délimitation.

*

15. Il semble que quelques mois après cette réunion de Kasane, l'accord intervenu entre les présidents du Botswana et de la Namibie ait été complètement rejeté à l'échelon gouvernemental. La question a été qualifiée de *différend* à la réunion qui commence le 8 décembre 1992 à Windhoek (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 56, p. 416), laquelle a été organisée pour arrêter le mandat de l'équipe mixte d'experts techniques de la frontière (ci-après «l'équipe mixte») qui allait être constituée. Le «mémorandum d'accord» conclu entre le Botswana et la Namibie a été rédigé le 23 décembre 1992 (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 11, p. 73; mémoire du Botswana, vol. III, annexe 57, p. 428) à la suite de cette réunion préliminaire.

Il est dit dans le préambule de ce «mémorandum d'accord», qu'il existe un *différend frontalier* entre le Botswana et la Namibie, et aussi que les deux pays sont désireux de «régler ce *différend* par des moyens pacifiques conformément aux principes tant de la Charte des Nations Unies que de la Charte de l'Organisation de l'unité africaine» (les italiques sont de moi). Aux termes du même «mémorandum d'accord», il est constitué une équipe d'experts techniques composée de trois experts *techniques* de chaque pays qui est chargée «de déterminer la frontière entre le Botswana et la Namibie aux alentours de l'île de Kasikili/Sedudu conformément au traité [anglo-allemand de 1890]» (les italiques sont de moi); autrement dit, l'équipe est chargée de décider si c'est le chenal nord ou le chenal sud qu'il faut considérer comme le «chenal principal».

La formule «il existe un *différend frontalier* entre le Botswana et la Namibie» (les italiques sont de moi) apparaît pour la première fois dans ce «mémorandum d'accord» du 23 décembre 1992 et se retrouve ultérieurement dans le compromis du 29 mai 1996 par lequel la présente affaire a

was brought to the Court. The function of the JTTE should have been limited to the *technical* recognition of what constitutes the "main channel" of the Chobe River under the terms of the 1890 Anglo-German Treaty. However, this was not the case. The "rules governing the proceedings" in the "Memorandum of Understanding" of 23 December 1992 state that "the Team shall be guided by the *general principles of international law regarding the peaceful settlement of international disputes* and any relevant international law principles for the delimitation of river boundaries" (Memorandum of Understanding, Art. 8, emphasis added).

I would emphasize that this concept does not accord with what the Presidents of the two States would appear to have had in mind a few months beforehand; indeed it differs greatly.

*

16. On 20 August 1994, after six rounds of meetings, the JTTE completed its work, producing its Final Report, which states that "it emerged that the Joint Team was unable to agree on issues of substance" (Memorial of Botswana, III, Ann. 58, p. 440; Memorial of Namibia, V, Ann. 113, p. 88). The Final Report goes on to state that "[the JTTE] was unable to make a finding determining the boundary between Botswana and Namibia in the area of Kasikili/Sedudu Island in accordance with the provisions of the Memorandum of Understanding." Thus, the JTTE was unable to determine the boundary in accordance with the terms used in the 1890 Anglo-German Treaty.

It would appear that the failure of the JTTE was due to the fact that they did not conduct their work using the mandate, originally agreed at Kasane in May 1992 by the Presidents of Botswana and Namibia, to define where the "main channel" of the Chobe River lay in the eyes of the technical experts.

17. Although the JTTE failed to determine the *boundary*, it did, however, make a recommendation:

> "[T]he Joint Team would recommend recourse to the peaceful settlement of the *dispute* on the basis of the *applicable rules and principles of international law*." (Emphasis added.)

This represents a crucial change, in that the JTTE recommends that the "dispute" should be settled on the basis of the "applicable rules and principles of international law" and *not* by a technical interpretation of the "main channel of the river" as stated in the 1890 Treaty.

I very much doubt that the power to make this recommendation fell strictly within the JTTE's original mandate. It must be recognized that the JTTE did not remain simply a group of *technical experts*, dealing

été portée devant la Cour («considérant qu'un différend relatif à la frontière autour de l'île de Kasikili/Sedudu oppose [le Botswana et la Namibie]»). La tâche assignée à l'équipe mixte aurait dû être limitée à la détermination du point de vue *technique* de ce qui constitue le «chenal principal» du Chobe conformément au traité anglo-allemand de 1890. Mais tel ne fut pas le cas. D'après le «règlement intérieur» défini dans ce «mémorandum d'accord» du 23 décembre 1992, «l'équipe se guidera sur les *principes généraux du droit international concernant le règlement pacifique des différends internationaux* ainsi que sur tout principe pertinent du droit international concernant la délimitation des frontières constituées par des cours d'eau» (mémorandum d'accord, art. 8; les italiques sont de moi).

Je tiens à souligner que cette idée ne correspond guère à ce que les présidents des deux Etats semblent avoir eu à l'esprit à peine quelques mois auparavant; en fait, la différence est très grande.

*

16. Le 20 août 1994, après six séries de réunions, l'équipe mixte achève ses travaux, et établit son rapport final dans lequel elle déclare: «il est apparu... que la commission mixte ne pouvait tomber d'accord sur des questions de fond» (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 58, p. 440; mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 113, p. 88). Dans la suite de ce rapport final, on lit: «[l'équipe mixte] n'a pu aboutir, conformément aux dispositions du [mémorandum d'accord], à une conclusion en ce qui concerne la détermination de la frontière entre le Botswana et la Namibie autour de l'île de Kasikili/Sedudu.» L'équipe mixte a donc été dans l'impossibilité de déterminer le tracé de la frontière conformément aux formules utilisées dans le traité anglo-allemand de 1890.

Il semble que cet échec de l'équipe mixte s'explique par le fait qu'elle n'a pas mené ses travaux conformément au mandat initialement arrêté à Kasane en mai 1992 par les présidents du Botswana et de la Namibie, lequel visait à définir où se situait, dans le Chobe, le «chenal principal» d'après les experts techniques.

17. Mais, bien qu'elle n'ait pas pu déterminer la *frontière*, l'équipe technique a néanmoins formulé une recommandation:

> «[L]a commission mixte recommanderait... de recourir au règlement pacifique du *différend* [sur la base des] *règles et principes applicables du droit international.*» (Les italiques sont de moi.)

Il y a là un changement crucial en ce sens que l'équipe mixte recommande de régler le «différend» sur la base des «règles et principes applicables du droit international» et *non* au moyen d'une interprétation technique de l'expression «chenal principal du fleuve» figurant dans le traité de 1890.

Je ne suis vraiment pas sûr du tout que le pouvoir de formuler cette recommandation découle bien du mandat initial de la commission mixte. Il faut bien voir que cette équipe mixte n'est pas restée un simple groupe

with technical matters concerning the determination of the "main channel", but turned into a body for *diplomatic negotiation* between the two States. In fact, the six members of the JTTE were not necessarily even technical experts, and the team from Botswana was led by an eminent professor of international law. This clearly demonstrates that the JTTE's purpose changed from the technical or scientific matter of determining the "main channel" of the Chobe River to discussing the more general legal dispute on territorial issues.

Upon receipt of the JTTE's final report and recommendation, the Presidents of Botswana and Namibia, together with the President of Zimbabwe, decided at the Summit Meeting held at Harare on 15 February 1995, after deliberating on the JTTE's report, that "the *matter* should be referred to the International Court of Justice" for determination (Memorial of Botswana, III, Ann. 59, p. 463, emphasis added).

The *compromis*, as fully quoted in paragraph 2 of the Judgment, was then, one year later, concluded by Botswana and Namibia on 15 February 1996.

(3) Further Comments on the Lack of Clarity in the Compromis

18. Having examined the process which led up to the conclusion of the *compromis*, it seems to me quite clear that the position of both countries towards the whole issue was in essence changed somewhat. The original issue, in which neither State gave much weight to the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island, but rather considered that the *legal status* of the Island would be dependent upon the determination of the *boundary*, became an issue of the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island.

19. While it was agreed that the *boundary* should be determined as the centre of the "main channel" of the Chobe River, which separated the spheres of influence under the terms of the 1890 Anglo-German Treaty, no agreement could be reached as to which channel — north or south — constituted the "main channel", a factor which could prove decisive in determining which territory Kasikili/Sedudu Island would fall into.

The issue between the two States could be solved by a scientific investigation or survey concerning the "main channel" of the Chobe River. However, the issue, originally considered to be simply a question of drawing a *boundary* between the two States, in either the northern channel or the southern channel of the Chobe River (whichever was deemed to be the main channel), has now explicitly been turned into a territorial issue involving sovereignty over Kasikili/Sedudu Island — a change

d'*experts techniques,* traitant de questions techniques relatives à la détermination du «chenal principal», mais qu'elle est devenue un organe de *négociation diplomatique* entre les deux Etats. En fait, les six membres de cette équipe technique n'étaient même pas obligatoirement des experts techniques, et l'équipe du Botswana était dirigée par un éminent professeur de droit international. Cela prouve clairement que l'objectif assigné à l'équipe technique, lequel était d'abord une question technique ou scientifique consistant à déterminer le «chenal principal» du Chobe, a changé et qu'il s'agissait désormais de traiter un différend juridique plus général opposant les deux pays sur des questions territoriales.

Lorsqu'ils ont reçu le rapport final et la recommandation de l'équipe mixte, les présidents du Botswana et de la Namibie ainsi que le président du Zimbabwe ont décidé, lors de la réunion au sommet qui s'est tenue le 15 février 1995 à Harare, après avoir discuté de ce rapport de l'équipe mixte, que «le *litige* devait être porté devant la Cour internationale de Justice» (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 59, p. 463; les italiques sont de moi).

Et le Botswana et la Namibie ont donc conclu un an plus tard, le 15 février 1996, le compromis dont l'énoncé est cité intégralement au paragraphe 2 de l'arrêt.

3) Observations complémentaires sur le manque de clarté du compromis

18. Après avoir ainsi étudié tout le processus qui débouche sur la conclusion du compromis, il m'apparaît très clairement que les deux pays ont fondamentalement changé de position sur l'ensemble de la question. En effet, le problème initial, dans le cadre duquel ni l'un ni l'autre des deux Etats n'accordaient beaucoup de poids au *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu, considérant plutôt que ce *statut juridique* de l'île procéderait de la détermination de la *frontière*, est devenu un problème portant sur le *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu.

19. Si les deux pays étaient d'accord sur l'idée qu'il fallait déterminer la *frontière* comme étant le centre du «chenal principal» du fleuve Chobe, lequel séparait les sphères d'influence en vertu du traité anglo-allemand de 1890, ils ne parvenaient pas à s'entendre sur le chenal — chenal nord ou chenal sud — qui constituait le «chenal principal», élément qui pouvait être déterminant quand il fallait établir de quel territoire relèverait l'île de Kasikili/Sedudu.

La question opposant ainsi les deux Etats pouvait être résolue par la voie d'une enquête scientifique concernant le «chenal principal» du Chobe. Toutefois, la question litigieuse qui était initialement considérée comme consistant simplement à tracer une *frontière* entre les deux Etats, soit dans le chenal nord, soit dans le chenal sud du Chobe (selon celui des deux chenaux qui serait réputé être le chenal principal), est désormais expressément devenue une question territoriale portant sur la souverai-

which occurred in 1995 at the stage of preparation of the JTTE's Report.

As already mentioned in paragraph 9 above, the second paragraph of the Preamble to the *compromis* refers only to a "*dispute* . . . relative to the *boundary*" (emphasis added), but Article I asks the Court to determine not only the *boundary* in the Chobe River but also "the *legal status* of [Kasikili/Sedudu] island" (emphasis added). The 1890 Anglo-German Treaty and the "rules and principles of international law" (and once more I point out that this, according to the *compromis*, is equivalent to "the general principles of law [as] recognized by civilized nations") being used as the basis for the settlement of the dispute are from the outset mutually contradictory. How can the Court deal with such a contradiction in this case?

It is my belief that the *compromis* prepared by both States was not drafted in a proper manner.

20. I return to the original question, namely, (i) whether the Court is requested to determine a boundary, on the basis of the 1890 Anglo-German Treaty, which provides for the "main channel" of the Chobe River as a *boundary* or (ii) whether the Court is to give a final verdict on the territorial issue of Kasikili/Sedudu Island in accordance with the "rules and principles of international law", interpreted as "general principles of law recognized by civilized nations". The real intention of the Parties and the manner in which they have brought this "case" to the Court is unclear. These points have not been clarified by either State in their written documents or during the oral pleadings and the Court's present Judgment also does not address these points.

If option (i) is chosen, the Court will be confined to determining the "main channel" of the Chobe River in either the northern channel or the southern channel as the boundary between the two States. If option (ii) is chosen, the Court must interpret the "rules and principles of international law" relating to territorial sovereignty as applied to Kasikili/Sedudu Island. This confusion of the issues brought jointly by Botswana and Namibia to the Court puts the latter in an extremely difficult situation in the handling of this "case"; in particular, because the "case" is not based on a unilateral application but submitted by the agreement of both Parties.

21. In this jointly submitted case, the substance of the *dispute* and the basis on which the Court is asked to rule seem to me to be extremely unclear. In my view, the Court should have asked the Parties to clarify their positions. I wonder if it would not have been possible for the Court to have handed this jointly submitted case back to the Parties with the request that they clarify their common intention and original understanding in coming to the Court, and that they state whether they wish to have the *boundary* determined *or* whether they would prefer to treat the determination of the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island as a separate issue and not simply as a result of the determination of the boundary.

neté exercée sur l'île de Kasikili/Sedudu — et le changement s'est opéré en 1995 lors de l'élaboration du rapport de l'équipe mixte.

Comme je l'ai déjà dit au paragraphe 9 ci-dessus, au deuxième alinéa de son préambule, le compromis ne vise qu'un «*différend* relatif à la *frontière*» (les italiques sont de moi), mais, à l'article I, la Cour est priée de déterminer non seulement la *frontière* dans le fleuve Chobe mais également «le *statut juridique* de l'île [de Kasikili/Sedudu]» (les italiques sont de moi). Le traité anglo-allemand de 1890 et les «règles et principes du droit international» (et une fois de plus, je souligne que d'après le compromis ces règles et principes équivalent aux «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées») qui doivent servir de base au règlement du différend sont d'emblée contradictoires. Comment la Cour peut-elle en l'espèce trouver une solution à cette contradiction?

J'estime pour ma part que le compromis établi par les deux Etats n'a pas été rédigé comme il convient.

20. Je reviens à la question initiale, qui est de savoir si i) la Cour est priée de déterminer une frontière, sur la base du traité anglo-allemand de 1890, lequel dispose que le «chenal principal» du Chobe est une *frontière* ou bien si ii) la Cour doit se prononcer de façon définitive sur la question territoriale de l'île de Kasikili/Sedudu conformément aux «règles et principes du droit international» interprétés comme correspondant aux «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées». L'intention réelle des Parties et la façon dont elles ont soumis cette «affaire» à la Cour ne sont pas claires. Ces points n'ont été précisés par aucun des deux Etats dans leurs écritures ni pendant la procédure orale et l'arrêt de la Cour n'en traite pas non plus.

S'il faut retenir l'hypothèse i), la Cour doit se limiter à déterminer lequel des chenaux nord et sud du Chobe est le «chenal principal» qui est la frontière entre les deux Etats. Si l'on retient l'hypothèse ii), la Cour doit interpréter les «règles et principes du droit international» relatives à la souveraineté territoriale tels qu'ils s'appliquent à l'île de Kasikili/Sedudu. Cette confusion des questions soumises conjointement par le Botswana et la Namibie à la Cour met celle-ci dans une situation extrêmement difficile face à «l'affaire» qu'elle doit trancher; en particulier, parce que cette «affaire» ne relève pas d'une requête unilatérale mais lui est soumise d'un commun accord par les deux Parties.

21. Or, dans cette affaire soumise conjointement, le fond même du *différend* et les bases sur lesquelles la Cour est priée de statuer me paraissent extrêmement peu clairs. A mon sens, la Cour aurait dû demander aux Parties de préciser leur position. Je me demande s'il n'aurait pas été possible à la Cour de renvoyer aux Parties cette affaire soumise bilatéralement en leur demandant de préciser leur intention commune et leur entente initiale au sujet de la saisine de la Cour et de dire s'ils veulent que soit déterminée la *frontière, ou bien* s'ils préfèrent que la détermination du *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu soit traitée à part et non pas simplement comme suite à la détermination de la frontière.

III. "ON THE BASIS OF THE 1890 ANGLO-GERMAN TREATY"

(1) *Introduction*

22. As I have already stated in paragraph 3 above, this is a case brought by means of a *compromis*, by which the Parties seek to have the Court determine the boundary and the legal status of the Island on the basis of the criteria which the Parties jointly wish to rely on. The original intention of the Parties was to rely on the 1890 Anglo-German Treaty to assist in the *drawing* of a boundary along the Chobe River in the area of Kasikili/Sedudu Island. I shall now proceed to an analysis of the 1890 Anglo-German Treaty.

(2) *The Significance of the 1890 Anglo-German Treaty*

23. There is no difference of views between Botswana and Namibia with respect to the fact that the 1890 Treaty should be regarded as constituting a basic document to determine the *boundary* between these two States. Let me begin with an examination of that Treaty.

24. Germany, which had had little interest in Africa before the latter part of the nineteenth century, emerged as a colonial State under the leadership of Bismarck and joined other European nations in the partition of Africa. In order to settle the issues relating to Africa, including the determination of the legal doctrine of occupation, the Berlin Conference was convened at the initiative of Bismarck. The General Act of the Conference of Berlin was adopted in 1885 (Memorial of Botswana, II, Ann. 1, p. 1).

In 1884 Germany put South-West Africa under its protectorate and in 1885 Great Britain, by Proclamation of the High Commissioner for South Africa, declared Bechuanaland a British Protectorate (Memorial of Botswana, II, Ann. 3, p. 24). In 1889 negotiations took place between Great Britain and Germany, in which Germany wished to be secured free access from Lake Ngami to the upper waters of the Zambezi River as a part of its sphere of influence (Memorial of Botswana, II, Ann. 4, p. 27; Ann. 5, p. 29).

25. The Anglo-German Treaty of 1 July 1890 determined the separation of the spheres of influence of the two States. The Treaty reads in part:

> "The undersigned
>
> . . . .
>
> Have, after discussion of various questions affecting the Colonial interests of Germany and Great Britain, come to the following Agreement on behalf of their respective Governments:
>
> . . . .
>
> In South-West Africa the sphere in which the exercise of influence is reserved to Germany is bounded:
>
> . . . .

III. « SUR LA BASE DU TRAITÉ ANGLO-ALLEMAND DE 1890 »

1) Introduction

22. Comme je l'ai déjà dit au paragraphe 3 ci-dessus, il s'agit ici d'une affaire introduite par voie de compromis, aux termes duquel les Parties demandent à la Cour de déterminer la frontière ainsi que le statut juridique de l'île sur la base des critères que les Parties veulent retenir d'un commun accord. L'intention initiale des Parties était de se fonder sur le traité anglo-allemand de 1890 qui aiderait à *tracer* une frontière le long du fleuve Chobe dans la zone de l'île de Kasikili/Sedudu. Je vais donc à présent analyser ce traité anglo-allemand de 1890.

2) L'importance du traité anglo-allemand de 1890

23. Le Botswana et la Namibie ne s'opposent pas du tout quant au fait que ce traité de 1890 doit être considéré comme un document fondamental aux fins de la détermination de la *frontière* entre les deux Etats. Je commencerai par étudier le traité lui-même.

24. L'Allemagne, qui ne s'est guère intéressée à l'Afrique avant la fin du XIX^e^ siècle, est devenue un Etat colonial à l'époque où elle était dirigée par Bismarck et, aux côtés d'autres pays européens, elle a participé au découpage de l'Afrique. C'est pour régler les questions qui se posaient au sujet de l'Afrique, et établir en particulier la doctrine juridique de l'occupation du continent, que Bismarck a pris l'initiative de convoquer la conférence de Berlin. L'acte général de cette conférence de Berlin est adopté en 1885 (mémoire du Botswana, vol. II, annexe 1, p. 1).

En 1884, l'Allemagne place sous son protectorat le Sud-Ouest africain et en 1885, la Grande-Bretagne, aux termes d'une proclamation du haut commissaire pour l'Afrique australe, fait du Bechuanaland un protectorat britannique (mémoire du Botswana, vol. II, annexe 3, p. 24). En 1889, des négociations ont lieu entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne, celle-ci souhaitant se voir garantir le libre accès au cours supérieur du Zambèze dans le cadre des intérêts correspondant à sa sphère d'influence (mémoire du Botswana, vol. II, annexe 4, p. 27; annexe 5, p. 29).

25. C'est ce traité anglo-allemand du 1^er^ juillet 1890 qui définit comment il faut distinguer les sphères d'influence des deux Etats. Le traité dispose notamment :

> « Les soussignés
>
> . . . .
>
> Après avoir examiné diverses questions concernant les intérêts coloniaux de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne, sont convenus de ce qui suit au nom de leurs gouvernements respectifs :
>
> . . . .
>
> En Afrique orientale, la sphère d'influence réservée à l'Allemagne est délimitée comme suit :
>
> . . . .

> 2. To the east by a line . . . [which] runs eastward along [the 22nd parallel of south latitude] to the point of its intersection by the 21st degree of east longitude; thence it follows that degree northward to the point of its intersection by the 18th parallel of south latitude; it runs eastward along that parallel till it reaches the River Chobe; and descends the centre of the main channel of that river to its junction with the Zambesi, where it terminates.
>
> . . . .
>
> The course of the above boundary is traced in general accordance with a Map officially prepared for the British Government in 1889." (Anglo-German Treaty, Art. III, para. 2.) (Memorial of Botswana, II, Ann. 11, p. 185; Memorial of Namibia, IV, Ann. 4, p. 6.)

*

26. The 1890 Treaty is an instrument which determined the respective spheres of influence of the Parties in this region of Africa but which certainly did *not* fix national boundaries there between the territories of Germany and Great Britain. The limit of the German sphere of influence was fixed as the "centre of the main channel of the Chobe River", but in that Treaty no concrete *boundary line* was indicated in this geographically complex area. The determination of the *boundary*, which would certainly have had the effect of determining the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island, was at that time a matter far removed from the actual purpose of the Treaty.

27. The 1889 map that purports to illustrate Article III of the 1890 Anglo-German Treaty (Memorial of Botswana, Appendix II, Map 3) is, in my view, too reduced in scale to be of great assistance. The course of the Chobe River on this map is taken directly from the map prepared in 1881 by Dr. B. F. Bradshaw for the Royal Geographical Society. The Bradshaw map indicates certain geographical features of the area and shows the northern and southern channels of the Chobe River but, naturally, did not define any boundary (Memorial of Namibia, V, Ann. 102, p. 35; Memorial of Namibia, VI, Atlas I/2) (Memorial of Botswana, Appendix II, Map 1) and has no significance for the determination of the boundary in this area.

(3) The Meaning of "Main Channel" in the 1890 Treaty

28. A great many explanations have been given by both Parties concerning the phrase "the centre of the main channel of [the Chobe River]" in Article III of the 1890 Anglo-German Treaty. In particular, both Parties have devoted a great deal of attention, especially during the oral hearings, to the purported difference between this concept and that used

2. A l'est, par une ligne ... [qui] suit [le 22e parallèle de latitude sud] jusqu'à son intersection avec le 21e degré de longitude est; puis suit ce méridien vers le nord jusqu'à son intersection avec le 18e parallèle de latitude sud; suit ce parallèle vers l'est jusqu'au Chobe et suit le centre du chenal principal de cette rivière jusqu'à son confluent avec le Zambèze, où elle s'arrête.

. . . .

Le cours de la frontière décrite ci-dessus est tracé d'une façon générale d'après une carte établie officiellement pour le Gouvernement britannique en 1889.» (Traité anglo-allemand, art. III, par. 2; mémoire du Botswana, vol. II, annexe 11, p. 185; mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 4, p. 6.)

*

26. Le traité de 1890 est un instrument qui a délimité dans cette région d'Afrique les sphères d'influence respectives des Parties mais qui n'a certainement *pas* fixé de frontière nationale entre les territoires de l'Allemagne et ceux de la Grande-Bretagne. La limite de la sphère d'influence allemande a été fixée comme étant le «centre du chenal principal du Chobe», mais, dans ce traité, il n'a été indiqué aucune *ligne frontalière* traversant cette zone géographiquement complexe. La détermination de la *frontière*, qui aurait certainement eu pour effet de déterminer le *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu était à l'époque tout à fait étrangère à l'objet réel du traité.

27. La carte de 1889 qui est censée illustrer l'article III du traité anglo-allemand de 1890 (mémoire du Botswana, app. II, carte 3) est établie à une échelle trop réduite, à mon avis, pour être d'un grand secours. Le cours du fleuve Chobe sur cette carte est emprunté directement à la carte établie en 1891 par B. F. Bradshaw pour la Royal Geographical Society. La carte de Bradshaw indique certaines caractéristiques géographiques de la zone et montre les chenaux nord et sud du Chobe mais, bien entendu, cette carte n'indique aucune frontière (mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 102, p. 35; mémoire de la Namibie, vol. VI, atlas I/2; mémoire du Botswana, app. II, carte 1) et cette carte n'a pas d'importance pour la détermination de la frontière dans ladite zone.

3) Le sens de l'expression «chenal principal» dans le traité de 1890

28. Les Parties ont l'une et l'autre fourni beaucoup d'explications au sujet de la formule «le centre du chenal principal [du Chobe]» qui figure à l'article III du traité anglo-allemand de 1890. En particulier, les Parties ont l'une et l'autre consacré beaucoup d'attention, notamment au cours de la procédure orale, à la distinction qui est censée exister

in the other authentic text, the German one, which reads: "*Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*".

The concept expressed by the German language text and that expressed by the English language text may not be identical. The English word "centre" is simply an expression used in geometry while the German word "*Thalweg*" has some legal connotation. The fixing of the "centre" of the main channel of the river is a matter to be determined by a geographer or a surveyor. In my view, however, the German delegation at the negotiation of the 1890 Treaty does not seem to have used the German expression "*Thalweg*" in order to give a meaning different from the English expression "centre" or in order to give the word a legal sense.

As stated in the Judgment (para. 46), the original provision of this part of the 1890 Treaty, initialled by Lord Salisbury and by Count Hatzfeldt, and transmitted to the British Foreign Office as "Draft Articles of Agreement" read:

> "[The boundary] runs eastward . . . till it reaches the River Chobe, and descends the *centre of that river* to its junction with the Zambesi, where it terminates." (Memorial of Namibia, IV, Ann. 26, p. 121, emphasis added.)

Afterwards the British side proposed the insertion of the words "the main channel of" so that the sentence read "the centre of the main channel of that river". That proposal was accepted by the German side and translated first as "*in der Thal-Linie des Hauptlaufes dieses Flusses*" and, in the end, the word "*Thal-Linie*" was replaced with the word "*Thalweg*". I would like to point out that the Judgment clearly, and in my view quite properly, states that "[t]he German text is therefore a word-for-word translation of the British proposal and follows the English text" (Judgment, para. 46).

29. At all events, the German words "*Thalweg des Hauptlaufes*" have the same meaning as the English words "centre of the main channel". The different interpretation of the German words that was given at the oral pleadings does not convince me and I fail to understand why the Parties have given so much weight in their respective pleadings to a discussion of the word "*Thalweg*" and why the Court, in a similar way, shows so much concern with the use of and definition of this particular word so extensively in so many parts of its Judgment (Judgment, paras. 21-27, 46, and 89). The word "*Thalweg*" appears more than 20 times in the Judgment. I reiterate, the German expression is simply a translation of the English original text. The "centre of the main channel" is the original expression and reflects the idea of the negotiators of the 1890 Anglo-German Treaty. In the latter part of the Judgment, the expression "*Thalweg*" is replaced by "line of deepest soundings" — which follows the suggestions of the Parties during the oral hearing — and this concept appears in subparagraph (1) of the Judgment's operative part. I think that the Court should have said in its operative part simply that the

entre cette notion du texte anglais et celle qui figure dans l'autre version faisant foi, le texte allemand, qui se lit: *« Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses »*.

Il est possible que l'idée qu'exprime la version allemande et celle qu'exprime la version anglaise ne soient pas identiques. Le terme anglais «centre» est tout simplement un terme géométrique, tandis que le terme allemand *« Thalweg »* a une connotation juridique. Fixer le «centre» du chenal principal du fleuve est de la compétence d'un géographe ou d'un géomètre. A mon sens toutefois, la délégation allemande qui a négocié le traité de 1890 ne me paraît pas avoir employé le terme allemand *« Thalweg »* pour donner au texte un sens différent du terme anglais «centre» ni pour donner à ce terme un sens juridique.

Comme il est indiqué au paragraphe 46 de l'arrêt, le texte initial de cette partie du traité de 1890, paraphé par lord Salisbury et par le comte Hatzfeldt, tel qu'il a été communiqué au Foreign Office sous forme de projet d'accord se lisait comme suit:

> «[La frontière] longe ce parallèle vers l'est jusqu'au Chobe et suit le *centre de ce fleuve* jusqu'à son confluent avec le Zambèze, où il s'arrête.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 26, p. 121; les italiques sont de moi.)

A la suite de quoi la partie britannique proposa d'ajouter les mots «du chenal principal» de sorte que la phrase se lisait désormais «le centre du chenal principal de ce fleuve». La proposition a été acceptée par la partie allemande et traduite d'abord sous la forme suivante: *« in der Thal-Linie des Hauptlaufes dieses Flusses »* et, finalement, le terme *« Thal-Linie »* a été remplacé par le terme *Thalweg*. Je tiens à souligner que l'arrêt déclare clairement et, à mon sens, de façon tout à fait justifiée, que «[l]e texte allemand est donc une traduction littérale de la proposition britannique et suit le texte anglais» (arrêt, par. 46).

29. De toute façon, les termes allemands *« Thalweg des Hauptlaufes »* ont le même sens que les termes anglais *« centre du chenal principal »*. L'interprétation différente de ce texte allemand qui a été donnée au cours des plaidoiries ne me convainc pas et je vois mal pourquoi les Parties ont accordé tant d'importance dans leurs écritures et leurs plaidoiries au terme *« Thalweg »* et pourquoi la Cour, elle aussi, s'intéresse si longuement, en de si nombreux endroits de son arrêt, à l'utilisation et à la définition de ce terme (arrêt, par. 21-27, 46 et 89). Le terme *« Thalweg »* apparaît plus de vingt fois dans l'arrêt. Je le répète, la formule allemande ne fait que traduire le texte initial anglais. Le texte initial est «centre du chenal principal» et rend compte de ce que les négociateurs du traité anglo-allemand de 1890 avaient à l'idée. Dans la seconde partie de l'arrêt, le terme *« Thalweg »* est remplacé par «la ligne des sondages les plus profonds» — comme l'ont suggéré les Parties lors de la procédure orale — et cette notion figure au paragraphe 1) du dispositif de l'arrêt. J'estime pour ma part que la Cour aurait dû se contenter de dire dans son dispositif que la frontière entre le Botswana et la Namibie «suit le centre du chenal

boundary between Botswana and Namibia "follows the centre of the northern channel" rather than "follows the line of deepest soundings in the northern channel"

*

30. It is clear to me that there was nothing in the minds of the officials who negotiated the 1890 Treaty that could indicate that they had decided that the separation line between their respective spheres of influence should be anything other than the centre of the "main channel" of the Chobe River. The concept of "channel" is a strictly scientific issue. However, what constitutes "the main" channel is subject to a degree to interpretation. The concept of the "main channel" may well be defined by various criteria such as the breadth of the river, the depth of the water, the volume of waterflow, bed profile configuration, and so forth, as suggested in certain scientific works of reference (Judgment, paras. 29 and 30). The Judgment properly states that there is "[not] one single criterion in order to identify the main channel of the Chobe" (para. 30).

31. I submit that the fact that the original English text, namely the term "centre of the river", was replaced by the term "centre of the main channel of the river" and, in the German text, the word "*Thalweg*" was used to mean the "centre" of the main channel, might be interpreted as reflecting an interest on the part of the parties to the 1890 Treaty, in their choice of the Chobe River as the boundary, in the navigation potential of that River, thus gaining access to the Zambezi River. It should, however, be noted that it was not known at that time whether navigation through the Chobe River was feasible. It was merely of potential interest to each side. This is properly noted in the Judgment (paras. 40 and 44). Since there existed no immediate interest in navigating the Chobe River, and given that the hydrological condition of the river was unknown, the parties to the 1890 Treaty — without thereby seeking to delimit the boundary — employed the phrase "centre of the main channel" with a view to the *navigability* of the river, but in purely theoretical terms.

Subject to some minor exceptions, the Chobe River has to date not been navigated for transportation purposes. If the "main channel" should be considered in terms of navigability, then the Court would have difficulty in choosing between the northern and the southern channel as a boundary, since neither of those two channels has in the past or at the present time satisfied the conditions of navigability in a substantive or commercial sense.

32. If, however, the Court is to decide the boundary in terms of the "main channel" of the river, in whatever manner the words in the 1890 Treaty might have been interpreted at that time, then it can proceed to find the whereabouts of the main channel in the general sense. For this purpose the Court needs the assistance of a hydrological expert and

nord» au lieu de dire qu'elle «suit la ligne des sondages les plus profonds dans le chenal nord».

*

30. Il est pour moi évident que les négociateurs officiels du traité de 1890 n'avaient rien à l'esprit qui indiquât qu'ils avaient décidé que la ligne de séparation entre leurs deux sphères d'influence serait quelque chose de plus que le centre du «chenal principal» du fleuve Chobe. La notion de «chenal» est purement scientifique. Mais ce qui constitue le chenal «principal» prête à interprétation jusqu'à un certain point. La notion de «chenal principal» peut fort bien se définir suivant différents critères, par exemple la largeur du fleuve, sa profondeur, le débit, la configuration du fond du fleuve, etc., comme le donnent à entendre certains ouvrages scientifiques de référence (voir les paragraphes 29 et 30 de l'arrêt). La Cour dit fort justement dans l'arrêt qu'il n'existe «[pas] un seul et unique critère pour identifier le chenal principal du Chobe» (par. 30).

31. A mon avis, le fait que le texte anglais initial, c'est-à-dire l'expression «centre du fleuve», a été remplacé par l'expression «centre du chenal principal du fleuve» et que, dans la version allemande, c'est le terme «*Thalweg*» qui a été utilisé pour traduire le «centre» du chenal principal peut être interprété comme signifiant que les parties au traité de 1890, en choisissant le fleuve Chobe comme délimitant la frontière entre elles, s'intéressaient aux possibilités de navigation sur ce fleuve, c'est-à-dire à l'accès au Zambèze. Mais il convient de noter que l'on ne savait pas à l'époque si le Chobe était intégralement navigable. Il s'agissait simplement pour chacune des parties d'un intérêt potentiel. L'arrêt en prend très justement note (par. 40 et 44). Comme les parties au traité de 1890 ne s'intéressaient pas immédiatement à la navigation sur le Chobe, et étant donné que la situation hydrologique du fleuve n'était pas connue, elles ont donc, sans pour autant chercher à délimiter la frontière, employé la formule «centre du chenal principal» en songeant à la *navigabilité* du fleuve, mais d'un point de vue purement théorique.

A quelques exceptions mineures près, le Chobe n'a jusqu'à présent pas servi à une navigation de transport. S'il fallait distinguer le «chenal principal» par sa navigabilité, la Cour aurait alors du mal à situer la frontière soit dans le chenal nord soit dans le chenal sud car aucun de ces deux chenaux n'a, ni autrefois ni aujourd'hui, répondu aux conditions de navigabilité entendue au fond ou bien au sens commercial.

32. Si toutefois la Cour doit déterminer la frontière sous la forme du «chenal principal» du fleuve, quelle que soit la façon dont l'énoncé du traité de 1890 ait pu être interprété à l'époque, elle peut alors chercher où se situe le chenal principal entendu en un sens général. A cette fin, la Cour a besoin du concours d'un expert en hydrologie et elle aurait dû

should have sought the help of a specialist in this subject, either as a witness or as an expert to be called by the Court, who could, first, inform the Court what criteria were most suitable for the definition of the main channel in this particular geographical situation and, second, which of the two channels would in reality meet those criteria.

Instead the Court has, in one way or another, dealt with the views expressed by scientists or specialist members of the opposing teams of the Parties. The views of these scientists or specialists are at times contradictory. The Court has, in fact, determined the northern channel as the "main channel" without the benefit of an expert-opinion obtained from an independent person. It has relied upon its own interpretation of the geographical and scientific criteria, and has come to its own conclusion that " in accordance with the ordinary meaning of the terms that appear in the pertinent provision of the 1890 Treaty, the northern channel of the River Chobe around Kasikili/Sedudu Island must be regarded as its main channel" (Judgment, para. 41). Although, in my view, the Court has not dealt correctly with this matter, which involves scientific, hydrographic, potamological or topographical issues, I am, however, not in a position to state that the Court's decision is incorrect.

(4) How Has the "Main Channel" been Recognized on Various Occasions in the Past?

33. In order to determine at present the boundary between Botswana and Namibia it is extremely important to ascertain how this main channel of the Chobe River, as referred to in Article III (2) of the 1890 Treaty, has been recognized in the past. I will devote a separate part of this opinion to a discussion of this matter. These past practices are extensively referred to in the Judgment but from a totally different aspect.

IV. "ON THE BASIS OF THE RULES AND PRINCIPLES OF INTERNATIONAL LAW"

34. The Court is requested to make a determination "on the basis of" not only the 1890 Treaty but also "the rules and principles of international law" (*compromis*, Art. I). As I stated above, these words are interpreted in the *compromis* as meaning the "general principles of law recognized by civilized nations", as provided in Article III of the *compromis*. It may be noted that this interpretation, stated in Article III of the *compromis*, was quite new and was not mentioned in the work of the JTTE which constituted the basis of the *compromis*. I have to ask myself whether the Parties to the *compromis* really intended to limit the interpretation of the wording in Article I to the meaning stated in Article III.

requérir les services d'un spécialiste, soit à titre de témoin soit à titre d'expert, qui aurait pu d'abord lui dire quels critères il était le plus indiqué d'utiliser pour définir le chenal principal dans ce contexte géographique particulier et qui lui aurait dit ensuite lequel des deux chenaux allait en réalité remplir ces critères.

Au lieu de quoi la Cour a d'une façon ou d'une autre pris en considération les vues exprimées par les scientifiques ou les spécialistes mobilisés par les équipes opposées des Parties. Or, ces scientifiques ou spécialistes ont des avis parfois contradictoires. La Cour a en fait établi que c'est le chenal nord qui est le «chenal principal» sans avoir bénéficié d'un avis d'expert formulé par une personne indépendante. La Cour s'est fondée sur sa propre interprétation des critères géographiques et scientifiques et a abouti elle-même à la conclusion que «le chenal nord du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu doit être considéré comme son chenal principal suivant le sens ordinaire des termes figurant dans la disposition pertinente du traité de 1890» (arrêt, par. 41). A mon avis, la Cour n'a pas traité comme il aurait fallu cette question qui revêt des aspects scientifiques, hydrographiques, potamologiques ou topographiques, mais je ne suis toutefois pas en mesure de dire que la décision de la Cour est erronée.

4) *Comment le «chenal principal» a-t-il été reconnu à diverses reprises dans le passé?*

33. Pour déterminer actuellement où se situe la frontière entre le Botswana et la Namibie il importe au plus haut point d'établir comment ce chenal principal du Chobe dont il est fait état à l'article III, paragraphe 2 du traité de 1890, a été dans le passé reconnu comme tel. Je vais consacrer une section distincte de la présente opinion à cette question. Ces pratiques antérieures sont abondamment évoquées dans l'arret, mais sous un aspect totalement différent.

IV. «SUR LA BASE DES RÈGLES ET PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL»

34. La Cour est priée de statuer «sur la base» non seulement du traité de 1890 mais aussi des «règles et principes du droit international» (compromis, art. I). Comme je l'ai dit plus haut, ces termes sont interprétés dans le compromis lui-même comme correspondant aux «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées», ainsi que l'indique l'article III du compromis. Il y a lieu de noter que cette interprétation qui figure ainsi à l'article III du compromis était nouvelle et ne figurait pas dans les travaux de l'équipe mixte à partir desquels le compromis a été élaboré. Je dois donc me poser la question de savoir si les Parties au compromis ont effectivement eu l'intention de limiter l'interprétation de l'énoncé de l'article I à celle qui figure à l'article III.

35. If, as the *compromis* suggests, one takes the words "the rules and principles of international law" to mean the "general principles of law recognized by civilized nations", then the argument as to whether "prescriptive title" was acquired, on whatever basis, in connection with the legal status of Kasikili/Sedudu Island, would be relevant. The Court is quite justified in taking up the issue of the doctrine of prescription in this regard (Judgment, paras. 94-99). The Court concludes, however, that cultivation by the Masubia people or the occasional exercise of authority in one way or another over the Island would not have constituted a basis for acquisitive prescription and reaches a negative conclusion on this point (Judgment, para. 99). I fully agree with the Court's conclusion on this point.

36. What other "general principles of law recognized by civilized nations" could then have been suggested as a basis for the Court's determination of the matter? I see no reference in the arguments of the Parties to this element. I find no reason to take "the rules and principles of international law" as a basis for the Court's determination, as distinct from the 1890 Anglo-German Treaty.

V. HOW THE "MAIN CHANNEL" OF THE CHOBE RIVER WAS RECOGNIZED IN PAST PRACTICE AND HOW THAT WOULD ASSIST THE COURT TO DETERMINE THE BOUNDARY ALONG THE CHOBE RIVER

(1) *Introduction*

37. As I have stated in paragraph 33 above, it is necessary to examine how the boundary of the Chobe River and the status of Kasikili/Sedudu Island have been viewed at varying times in the past by the respective authorities in the area in the maps, in certain relevant documents or even in certain practices.

These documents and practices are referred to extensively in the Judgment, but rather from the standpoint of whether they constitute "any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty" and/or "any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty" as provided for in the Vienna Convention on the Law of Treaties (Art. 31, para. 2 *(a)*, *(b)*), for purposes of interpretation of the 1890 Anglo-German Treaty (Judgment, paras. 47-70, 75 and 78). The Judgment makes many references to the Vienna Convention and concludes generally that the practices to which it refers extensively, and which I quote later in this section, constitute *neither* "subsequent agreement" *nor* "subsequent practice" in terms of that Convention (Judgment, para. 79).

38. On this point, I am afraid that I cannot share the view taken in the Judgment that these practices, maps and documents are relevant purely for the purpose of interpretation of the 1890 Treaty. In my view, the rele-

35. Si, comme le compromis le donne à penser, il faut entendre les termes «règles et principes du droit international» comme ayant le sens des «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées», il serait alors utile pour établir le statut juridique de l'île de Kasikili/Sedudu de chercher à savoir s'il y a eu, pour une raison ou pour une autre, acquisition d'un «titre par prescription». La Cour a tout à fait raison d'examiner à cet égard la doctrine de la prescription (arrêt, par. 94-99). La Cour conclut toutefois que la culture pratiquée sur l'île par les Masubia ou les actes occasionnels d'autorité étatique qui ont été relevés n'auraient pas fondé l'acquisition d'un titre par prescription sur l'île et elle aboutit sur ce point à une conclusion négative (arrêt, par. 99). Je souscris sans réserve à cet égard à la conclusion de la Cour.

36. Quels autres «principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées» peuvent-ils alors avoir été suggérés à la Cour pour fondement de sa décision? Je constate que les Parties n'ont pas du tout plaidé sur ce point. Je ne vois donc aucune raison pour la Cour de se fonder sur les «règles et principes du droit international» par opposition au traité anglo-allemand de 1890.

V. COMMENT LE «CHENAL PRINCIPAL» DU CHOBE A ÉTÉ RECONNU DANS LA PRATIQUE ANTÉRIEURE ET COMMENT CELA POURRAIT-IL AIDER LA COUR À SITUER LA FRONTIÈRE LE LONG DU FLEUVE CHOBE

1) Introduction

37. Comme je l'ai dit au paragraphe 33 ci-dessus, il y a lieu d'étudier comment la frontière du Chobe et le statut de l'île de Kasikili/Sedudu ont été établis dans le passé à différentes époques par les autorités respectives de la région, d'après les cartes, d'après certains documents pertinents, voire d'après certaines pratiques.

Il s'agit de savoir si ces documents et pratiques constituent, aux fins de l'interprétation du traité anglo-allemand de 1890, «[un] accord [quelconque] ayant rapport au traité... qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion [du] traité» et/ou «[un] instrument [quelconque] établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité» comme l'énonce la convention de Vienne sur le droit des traités (art. 31, par. 2 *a*), *b*); arrêt, par. 47-70, 75 et 78). L'arrêt fait souvent état de la convention de Vienne et aboutit à la conclusion générale que les pratiques qu'il évoque abondamment et que je vais citer dans la présente section ne constituent *ni* «un accord ultérieur» *ni* une «pratique ultérieure» au sens de ladite convention (arrêt, par. 79).

38. Sur ce point, je crains de ne pas pouvoir partager le sentiment de la Cour pour qui lesdites pratiques, cartes et documents ne présentent d'intérêt que pour l'interprétation du traité de 1890. A mon avis, la Cour

vant facts and activities may usefully be considered by the Court as an aid to determining the boundary of the Chobe River and the legal status of the Island, but not for the purpose of the Court's interpretation (with regard to the Vienna Convention on the Law of Treaties) of the 1890 Treaty. In my view, these past practices themselves constitute a decisive factor enabling the Court to determine the boundary between Botswana and Namibia along the northern channel of the Chobe River.

In the part of my opinion that follows, I refer to several incidents and quote from the early documents. Those references are, to a great extent, the same as those cited in the Judgment but I include them nevertheless as, from my standpoint, they are of great importance.

(2) Treatment of Maps

39. I should like to add a few words on the significance in this particular case of a number of maps of the region produced since 1890 and presented to the Court by the Parties. I count as many as 52. I have grave doubts as to whether the existence of so many maps in this case will be of help in finding a solution to this matter. Some of the maps indicate the width of the northern channel and of the southern channel around Kasikili/Sedudu Island, and are thus useful in providing some geographical details of the region. However, some of the cartographers have gone so far as to indicate on their maps a "boundary", which could be interpreted as being a political boundary between the northern and southern banks of the Chobe River.

40. The Judgment develops the view of the Court regarding the various maps of this area submitted to it and the Court properly considers that it is "itself unable to draw conclusions from the map evidence produced in this case" (Judgment, para. 87). I share the Court's view in this regard. I should, however, like to make some general comments on these maps, as follows.

First, some maps were simply reproduced from a previous edition without any additional survey having taken place.

Secondly, the Chobe River region had, before 1890, been explored by certain individuals, amongst them Selous and Livingstone, but obviously the maps they produced did not show any political boundary. A map produced by a relevant government body may sometimes indicate the government's position concerning the territoriality or sovereignty of a particular area or island. However, that fact alone is not determinative of the legal status of the area or island in question. The boundary line on such maps may be interpreted as representing the maximum claim of the country concerned, but does not necessarily justify that claim.

Thirdly, a claim to territory can only be made with the clear indication

peut utilement examiner les faits et activités pertinentes qui l'aideront à déterminer la frontière du Chobe et le statut juridique de l'île mais non les utiliser aux fins d'interpréter le traité de 1890 (du point de vue de la convention de Vienne sur le droit des traités). A mon avis encore, ces pratiques antérieures constituent en soi un élément déterminant qui permet à la Cour de situer la frontière entre le Botswana et la Namibie le long du chenal nord du Chobe.

Dans la partie de mon opinion qui suit, j'évoque plusieurs incidents et je cite les documents anciens dont nous disposons. Je ne fais que répéter là, le plus souvent, les citations de la Cour elle-même dans son arrêt mais je tiens à ces citations car, à mon avis, elles revêtent une importance majeure.

2) *Examen des cartes*

39. Je tiens aussi à ajouter quelques mots sur l'importance qu'il faut attacher en l'espèce à un certain nombre de cartes de la région établies depuis 1890 et présentées à la Cour par les Parties. Si je compte bien, il n'existe pas moins de cinquante-deux cartes. Mais je doute vraiment beaucoup que l'existence d'un si grand nombre de cartes en l'espèce puisse aider à résoudre la question. Certaines cartes indiquent la largeur du chenal nord et celle du chenal sud à la hauteur de l'île de Kasikili/Sedudu et sont donc utiles puisqu'elles donnent quelques détails géographiques sur la région. Mais certains des cartographes ont été jusqu'à indiquer une «frontière» sur leur carte, ce qui peut s'interpréter comme étant une frontière politique entre les rives nord et sud du Chobe.

40. La Cour indique dans l'arrêt comment elle considère les diverses cartes de la région qui lui ont été soumises et indique fort justement qu'elle «ne s'estime pas à même de tirer des conclusions du dossier cartographique produit en l'espèce» (arrêt, par. 87). Je partage sur ce point le sentiment de la Cour mais je tiens néanmoins à formuler quelques observations générales sur lesdites cartes.

J'observe en premier lieu que certaines cartes ont purement et simplement été reproduites à partir d'une édition antérieure sans qu'il ait été procédé au moindre levé supplémentaire.

J'observe en deuxième lieu que la région du Chobe avait été avant 1890 explorée par certaines personnes, dont Selous et Livingstone, mais les cartes établies par ces personnalités n'indiquaient aucune frontière politique. La carte émanant d'un organe officiel compétent peut parfois indiquer quelle est la position du gouvernement en question sur l'appartenance territoriale d'une certaine région ou d'une certaine île ou la souveraineté exercée sur ladite région ou île. Toutefois, ce fait à lui seul ne détermine pas le statut juridique de la zone ou de l'île en question. La ligne correspondant à la frontière indiquée sur ces cartes peut être interprétée comme représentant l'étendue maximale du territoire revendiqué par le pays en question mais ne justifie pas nécessairement ladite revendication.

J'observe en troisième lieu qu'une revendication territoriale ne peut être

of a government's intention, which may be reflected in maps. A map on its own, with no other supporting evidence, cannot justify a political claim. In this particular case, despite the existence of so many maps and despite the considerable discussion by both Parties on the subject of their interpretation, in the final analysis, all of this is in my view utterly irrelevant.

41. To my mind, the drawing of a political boundary is not a task for a cartographer unless he has been given a clear indication of its placement. No great weight should be given to any *boundary* depicted by such maps.

The Parties included in their oral presentation a list indicating which, of the large number of maps, placed the boundary either to the north or to the south. This, in my view, was at best an exercise in futility and at worst absurd.

(3) The Geographical Conditions of the Area Surrounding Kasikili/Sedudu Island and the Political and Social Situation of the Island up to the Middle of This Century

42. This area was essentially unknown before the conclusion in 1890 of the Anglo-German Treaty, except for the report of Livingstone's expedition, "Missionary Travels and Researches in South Africa" (Memorial of Namibia, V, Ann. 129, p. 197; Memorial of Namibia, I, p. 23), the report of the explorer Selous in 1874 (referred to, but not fully quoted, in Memorial of Namibia, V, Ann. 138, p. 229), and the Schulz-Hammar report of 1884, "The New Africa — A Journey up the Chobe and down the Okovanga Rivers" (referred to, but not fully quoted, in Memorial of Namibia, V, Ann. 137, p. 227). As far as I can tell, none of these reports refers to the existence of an island now known as Kasikili/Sedudu Island.

43. Whether at that time Kasikili/Sedudu Island was submerged during the rainy season or whether there was any continuous flow of water throughout the year is not known. Some explanation has been given by the scientists engaged by the Parties to this case but their explanations differed, nor was it altogether clear whether they were talking about the situation a hundred years ago or at the present time. At any rate, the facts they presented were not explained to the Court by a witness or by an expert who had made the required solemn declaration. The fact appears to be that there existed no reliable topographical description of this area at that time. It is extremely difficult to ascertain from any existing available information the geographical situation of this region, namely, Kasikili/Sedudu Island and the surrounding area of the Chobe River.

formulée que sous la forme d'indications claires en ce qui concerne les intentions de l'Etat concerné, et ces indications peuvent être portées sur des cartes. Mais, à elles seules, en l'absence de toute autre présomption, une carte ne saurait justifier une revendication politique. En l'espèce, malgré l'existence d'un si grand nombre de cartes et malgré la place considérable que les deux Parties ont consacrée à leur interprétation, j'estime en dernière analyse que toute cette discussion n'a strictement aucune pertinence.

41. A mon sens, ce n'est pas à un cartographe qu'il incombe de tracer une frontière politique à moins qu'on ne lui indique très clairement où elle se situe. Il ne faut pas accorder beaucoup de poids à une quelconque *frontière* qui serait ainsi portée sur ces cartes.

Dans leurs exposés oraux, les Parties ont présenté une liste indiquant quelles étaient, parmi les nombreuses cartes disponibles, celles qui situaient la frontière au nord et celles qui la situaient au sud. Je dirais, pour porter un jugement clément, que l'exercice était vain; si je veux être plus sévère, je dirais qu'il était absurde.

3) La géographie de la zone entourant l'île de Kasikili/Sedudu et la situation politique et sociale de l'île jusqu'au milieu du XX^e siècle

42. Avant la conclusion du traité anglo-allemand de 1890, cette région était pour l'essentiel inconnue, exception faite du rapport de l'expédition de Livingstone intitulé « *Missionary Travels and Researches in South Africa* » (mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 129, p. 197; *ibid.*, vol. I, p. 23), le rapport de l'explorateur Selous datant de 1874 (évoqué mais non pas intégralement cité dans le mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 138, p. 229), et le rapport Schulz-Hammar de 1884, intitulé « *The New Africa — A Journey up the Chobe and down the Okovanga Rivers* » (évoqué mais non pas intégralement cité dans le mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 137, p. 227). Pour autant que je puisse le dire, aucun de ces rapports ne parle de l'existence d'une île connue aujourd'hui sous le nom d'île de Kasikili/Sedudu.

43. On ne sait pas si à l'époque, l'île de Kasikili/Sedudu était submergée pendant la saison des pluies ni si l'eau du fleuve coulait de façon ininterrompue pendant l'année tout entière. Les scientifiques dont les Parties ont engagé les services en l'espèce ont donné quelques explications, mais celles-ci divergent, et ne font pas non plus apparaître clairement si leurs auteurs parlent de la situation telle qu'elle se présentait il y a cent ans ou bien de la situation aujourd'hui. De toute façon, les faits présentés n'ont pas été expliqués à la Cour par un témoin ou un expert ayant fait la déclaration solennelle requise. Le fait est, semble-t-il, qu'il n'existait aucune description topographique fiable de la région à l'époque. Il est extrêmement difficile d'établir d'après l'une quelconque des informations disponibles aujourd'hui quelle est la situation géographique de la région, c'est-à-dire de l'île de Kasikili/Sedudu et de la zone environnante du fleuve Chobe.

44. It appears to me that, in the oral and written pleadings in this case, the Parties have, in the main, concentrated on the interpretation of the terms contained in the 1890 Treaty (such as the "centre of the main channel of the river") but have not greatly discussed the political and social status or situation of the north and south banks of the Chobe River.

45. Germany, which in 1884 placed South West Africa under its Protectorate, was greatly concerned about access from the direction of the Ngami Lake to the east towards the Zambezi River and had not even the slightest interest in exercising control over a small island in the Chobe River. Great Britain, on the other hand, had in 1885 placed Bechuanaland under its Protectorate and put the region under the control of the Governor of British Bechuanaland.

Germany made no territorial claim, not even over the Eastern Caprivi Strip to the north of the Chobe River, and the first presence of a German administration in this region was in 1909 after the establishment of the office of the German Governor in South West Africa in 1908 at Windhoek. The *de facto* authority of Great Britain existed in Caprivi until 1914. It is assumed that, at that time, Great Britain's control of the region extended northwards beyond the Chobe River.

46. During the First World War, Eastern Caprivi, which had been under German administration, was occupied by the British Army mobilized from South Rhodesia and was placed under the authority of the District Commissioner of the Bechuanaland Protectorate in Kasane (Memorial of Namibia, I, p. 93). In 1919, after the First World War, the Union of South Africa became the administering power for the whole of present-day Namibia under the mandate of the League of Nations — which means, if I may say so, that the Union of South Africa was under British influence, albeit indirectly. In the period 1915-1929 Caprivi was administered by the Bechuanaland administration on behalf of the Government of the Union of South Africa. No objection was raised to the cultivation of Kasikili/Sedudu Island by Caprivi tribesmen.

The difference in status between the area to the north and the area to the south of the Chobe River did not actually cause any practical difficulties in this post-war period; these arose only after the Second World War. It is reported that the British Police patrolled both the northern and southern banks as peace officers.

47. A report (the Eason Report) produced by Captain Eason of the police of the Bechuanaland Protectorate (Great Britain) on 5 August 1912, entitled "Report on the main channel of the Linyanti (or Chobe) river" (frequently cited in the Judgment, in paras. 33, 42, and 52-55), gives some geographical description of the area (Memorial of Namibia, IV, Ann. 47, p. 173; Memorial of Botswana, III, Ann. 15, p. 225). This Report states that "[h]ere [Captain Eason] consider[s] that undoubtedly the *North* should be claimed as the main channel" (emphasis added) and, in the sketch-map attached to this report, the *northern channel*

44. Il me semble que, dans leurs plaidoiries comme dans leurs écritures, les Parties se sont principalement attachées à interpréter les termes du traité de 1890 (par exemple, «le centre du chenal principal du fleuve») mais n'ont pas beaucoup étudié le statut ni la situation politique et sociale des rives nord et sud du Chobe.

45. L'Allemagne qui, en 1884, a placé le Sud-Ouest africain sous son protectorat, s'intéressait au plus haut point à la possibilité d'accéder, depuis le lac Ngami à la région située à l'est, c'est-à-dire au Zambèze, et ne cherchait vraiment pas du tout à placer sous son contrôle une petite île située dans le Chobe. Par ailleurs, la Grande-Bretagne avait en 1885 placé le Bechuanaland sous son protectorat et soumis toute la région au contrôle du gouverneur du Bechuanaland britannique.

L'Allemagne n'a formulé aucune revendication territoriale, pas même sur la bande orientale du Caprivi au nord du Chobe, et c'est en 1909 que l'administration allemande s'est manifestée pour la première fois dans la région à la suite de la création de l'office du gouverneur allemand au Sud-Ouest africain en 1908, à Windhoek. Au Caprivi, la Grande-Bretagne a exercé de facto son autorité jusqu'en 1914. On présume qu'à l'époque, la Grande-Bretagne étendait vers le nord son contrôle de la région au-delà du Chobe.

46. Pendant la première guerre mondiale, le Caprivi oriental, qui avait été sous administration allemande, a été occupé par l'armée britannique qui s'est déplacée depuis la Rhodésie du Sud et a été placé sous l'autorité du commissaire de district du protectorat du Bechuanaland à Kasane (mémoire de la Namibie, vol. I, p. 93). En 1919, à la suite de la première guerre mondiale, l'Union sud-africaine est devenue la puissance administrante de la totalité du territoire de la Namibie actuelle, placé sous mandat de la Société des Nations — ce qui signifie, si je puis dire, que l'Union sud-africaine était sous influence britannique, bien que cette influence fût indirecte. De 1915 à 1929, le Caprivi a été administré par l'administration du Bechuanaland au nom du gouvernement de l'Union sud-africaine. Personne n'émit alors d'objection à l'encontre de la mise en culture de l'île de Kasikili/Sedudu par des membres des tribus du Caprivi.

La différence de statut entre la région située au nord et la région située au sud du Chobe n'a pas vraiment suscité la moindre difficulté concrète au cours de cette après-guerre; les difficultés n'ont surgi qu'à la suite de la seconde guerre mondiale. On dit que la police britannique patrouillait sur les deux rives, nord et sud, pour faire régner la paix.

47. Un rapport, communément appelé le rapport Eason, établi par le capitaine Eason de la police du Bechuanaland (Grande-Bretagne) le 5 août 1912 et intitulé «Rapport concernant le chenal principal du Linyanti (ou Chobe)» (fréquemment cité dans l'arrêt, aux paragraphes 33, 42 et 52 à 55), donne quelques indications géographiques sur la zone (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 47, p. 173; mémoire du Botswana, vol. III, annexe 15, p. 225). D'après ce rapport, «là, [le capitaine Eason] considère que c'est sans aucun doute le *chenal nord* qui doit être considéré comme le chenal principal» (les italiques sont de moi) et,

was, from a geographical point of view, taken as being the main channel.

Since that 1912 report, there seems to have been no reliable report of this region until the Trollope-Redman report prepared in the mid-1940s, to which I will refer later.

(4) The Confrontation in the 1940s between the Authorities of the Union of South Africa and the British High Commissioner's Office for the Bechuanaland Protectorate

48. After the Second World War, despite the termination of the mandatory system of the League of Nations, the Union of South Africa did not acquiesce in transforming this mandatory area to the new system of Trusteeship under the United Nations. Thus, the separation or friction between the régimes controlling the territories of the Union of South Africa (which became a Republic and left the Commonwealth in 1961) and the British Protectorate of Bechuanaland became apparent. It is only since that time that the question of the boundary between the two entities mentioned above, including the status of Kasikili/Sedudu Island, emerged.

49. In 1940 Major L. Trollope, the Magistrate for the Eastern Caprivi Zipfel (hereinafter "Strip") (to the north of the Chobe River), surveyed this area with the co-operation of the Bechuanaland Protectorate police in Kasane (to the south of the Chobe River) and submitted his report on the administration of the Eastern Caprivi Strip to the Secretary for Native Affairs in Pretoria (Memorial of Namibia, IV, Ann. 58, p. 229). No mention was made of Kasikili/Sedudu Island in that report.

50. Nearly ten years later, in 1948, an exchange of letters took place between the Office of the Magistrate in Windhoek, Caprivi Strip (to the north of the Chobe River), and the British Authorities in Kasane (to the south of the Chobe River), concerning the international status of this region, including Kasikili/Sedudu Island. Major Trollope (Magistrate for the Eastern Caprivi Strip) addressed a letter on 3 January 1948 to Mr. V. Dickinson (District Commissioner in Maun, Bechuanaland), entitled "Channel between Kasikili Island and Kabuta and Kasika Villages", referring to the application by a Mr. Ker for permission to transport timber through the northern channel (Memorial of Namibia, IV, Ann. 59, p. 262) (see Judgment, paras. 40 and 56).

51. A few weeks later, a report dated 19 January 1948 was jointly prepared by Major Trollope and Mr. N. V. Redman ([Assistant] District Commissioner at Kasane, Bechuanaland Protectorate), entitled "Joint Report on the boundary between the Bechuanaland Protectorate and the

d'après la carte sous forme de croquis jointe au rapport, le *chenal nord* est effectivement indiqué du point de vue géographique comme étant le chenal principal.

Depuis ce rapport de 1912, il n'y a pas eu, semble-t-il, de rapport fiable sur la région jusqu'au rapport Trollope-Redman établi au milieu des années 40, dont je parle un peu plus loin.

4) La confrontation, pendant les années quarante, entre les autorités de l'Union sud-africaine et les services du haut commissaire britannique chargé du protectorat du Bechuanaland

48. A la suite de la seconde guerre mondiale, bien que le régime des mandats de la Société des Nations ait pris fin, l'Union sud-africaine n'a pas accepté que ce régime soit transformé et devienne le nouveau régime de tutelle sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies. C'est alors que se manifestent la scission ou les frictions entre les régimes exerçant leur contrôle sur les territoires de l'Union sud-africaine (laquelle accède au statut de République et quitte le Commonwealth en 1961), d'une part, et, de l'autre, le protectorat britannique du Bechuanaland. Ce n'est que depuis cette époque que se pose la question de la frontière entre les deux entités ci-dessus et que cette question s'étend à celle de savoir quel est le statut de l'île de Kasikili/Sedudu.

49. En 1940, le major L. Trollope, qui est le magistrat chargé de la partie orientale de la bande de Caprivi (ci-après dénommée la «bande») (vers le nord du Chobe), procède à un relevé de la zone avec le concours de la police du protectorat du Bechuanaland de Kasane (vers le sud du Chobe) et présente son rapport sur l'administration de la partie orientale de la bande de Caprivi au secrétaire aux affaires autochtones de Pretoria (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 58, p. 229). Il n'est pas dit un mot de l'île de Kasikili/Sedudu dans ce rapport.

50. Une dizaine d'années plus tard, en 1948, un échange de lettres a lieu entre les services du magistrat de Windhoek, l'administrateur de la bande de Caprivi (au nord du Chobe), et les autorités britanniques de Kasane (au sud du Chobe), au sujet du statut international de la région, y compris l'île de Kasikili/Sedudu. Le major Trollope (magistrat chargé de la partie orientale de la bande de Caprivi) adresse le 3 janvier 1948 une lettre à M. V. Dickinson (commissaire de district à Maun, Bechuanaland), laquelle est intitulée «Chenal entre l'île de Kasikili et les villages de Kabuta et Kasika», dans laquelle il est question d'un monsieur Ker qui demande l'autorisation d'emprunter le chenal nord pour y transporter du bois d'œuvre (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 59, p. 262; voir arrêt, par. 40 et 56).

51. Quelques semaines plus tard, le major Trollope et M. N. V. Redman (commissaire de district [adjoint] à Kasane, protectorat du Bechuanaland), établissent conjointement un rapport daté du 19 janvier 1948, intitulé «Rapport conjoint relatif à la frontière entre le protectorat du

Eastern Caprivi Zipfel: Kasikili Island" (see Judgment, paras. 42 and 57-60) in which it was stated that:

> "3. We find after separate examination of the terrain and the examination of an aerial photograph that the 'main Channel' does not allow the waterway which is usually shown on maps [the southern channel] as the boundary between the two Territories.
>
> 4. We express the opinion that the 'main Channel' lies in the waterway *[the northern channel]* which would include the island in question in the Bechuanaland Protectorate.
>
> 5. On the other hand we are satisfied, after enquiry that since at least 1907, use has been made of the Island by Eastern Caprivi Zipfel tribesmen and that that position still continues.
>
> 6. We know of no evidence of the Island having been made use of, or claimed, by Bechuanaland Tribesmen or Authorities or of any objection to the use thereof by Caprivi Tribesmen being made." (Memorial of Namibia, IV, Ann. 60, p. 264.)

*

52. Major Trollope, in his letter of 21 January 1948 addressed to the Secretary of Native Affairs in Pretoria entitled "Bechuanaland-Eastern Caprivi Zipfel Boundary" (see Judgment, para. 58), seems to have conceded, in paragraph 3, that the boundary should be in the *northern channel* but that the people of Eastern Caprivi should continue to be allowed to cultivate the Island. The letter stated:

> "There is no doubt if the wording of the 1890 Treaty is applied to the geographical facts as they exist today that the true inter-territorial boundary would be the *northern waterway* and would include Kasikili Island in the Protectorate." (Memorial of Namibia, IV, Ann. 61, p. 271, emphasis added.)

53. It is known that, in spite of the suggestion by Major Trollope regarding the northern channel, the Union of South Africa was reluctant to admit that the northern channel was the main channel of the Chobe River; see the letter of 12 June 1948 from the Secretary of Justice of the Union of South Africa to the Secretary for External Affairs in Pretoria entitled "Bechuanaland — Eastern Caprivi Zipfel Boundary":

> "The main channel is *north* of Kasikili Island whereas it is apparently usually shown on maps as being south of the island. The map referred to in the [1890] Treaty is not available to us, but assuming that on that map also the main channel is shown as being south of the island, the question arises whether there was not, before the con-

Bechuanaland et la partie orientale de la bande de Caprivi: île de Kasikili» (voir arrêt, par. 42 et 57-60), dans lequel il est dit ceci:

> «3. Après reconnaissance séparée du terrain et examen d'une photographie aérienne, nous constatons que le «chenal principal» ne suit pas la voie navigable qui est généralement indiquée sur les cartes comme constituant la frontière entre les deux territoires.
>
> 4. Notre opinion est que le «chenal principal» se situe dans la voie d'eau [*le chenal nord*] qui engloberait l'île en question dans le protectorat du Bechuanaland.
>
> 5. D'autre part, après enquête, nous avons établi que, depuis 1907 au moins, l'île est utilisée par les membres des tribus de la partie orientale de la bande de Caprivi et que c'est encore le cas aujourd'hui.
>
> 6. Rien n'indique, à notre connaissance, que l'île ait été utilisée ou revendiquée par des membres des tribus ou les autorités du Bechuanaland, ou qu'il ait été fait objection à l'utilisation de cette île par les membres des tribus du Caprivi.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 60, p. 264.)

*

52. Dans la lettre qu'il adresse le 21 janvier 1948 au secrétaire d'Etat aux affaires autochtones à Pretoria, laquelle est intitulée «Frontière entre le Bechuanaland et la partie orientale de la bande de Caprivi» (voir arrêt, par. 58), le major Trollope semble avoir admis au paragraphe 3 que la frontière doit se situer dans le *chenal nord* mais qu'il faut continuer d'autoriser la population du Caprivi oriental à cultiver l'île. La lettre dit ceci:

> «Il ne fait pas de doute que le libellé du traité de 1890 concerne des faits géographiques tels qu'ils existent actuellement et que la véritable frontière entre les deux territoires doit se situer à l'intérieur de *la voie d'eau septentrionale* et inclure l'île de Kasikili dans le protectorat.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 61, p. 271; les italiques sont de moi.)

53. On sait que, malgré la suggestion formulée par le major Trollope au sujet du chenal nord, l'Union sud-africaine hésitait à admettre que le chenal nord fût bien le chenal principal du Chobe; sur ce point, on dispose de la lettre du 12 juin 1948 adressée par le secrétaire d'Etat à la justice de l'Union sud-africaine au secrétaire d'Etat aux affaires extérieures à Pretoria, qui est intitulée «Frontière entre le Bechuanaland et la partie orientale de la bande de Caprivi»:

> «Il [le chenal principal] passe *au nord* de l'île de Kasikili, alors qu'apparemment les cartes le situent généralement au sud de cette île. Nous n'avons pas la carte dont il est question dans l'accord [le traité de 1890] mais, à supposer que, là aussi, le chenal principal soit indiqué au sud de l'île, il s'agit de savoir si, avant la conclusion de

> clusion of the Treaty, a shifting of the main channel from the southern waterway to the northern." (Memorial of Namibia, IV, Ann. 62, p. 277, emphasis added.)

*

54. In a letter dated 14 October 1948 from the Secretary to the Prime Minister and for External Affairs of the Union of South Africa (responsible for the area north of the Chobe River), to the Administrative Secretary to the British High Commissioner for Basutoland, the Bechuanaland Protectorate and Swaziland (responsible for the area south of the Chobe River), it is stated that, as far as the former remembered, the *boundary* had never been changed from the southern channel to the northern channel. It seems that the issues between the two authorities at that time were concerned with the transport of timber through the northern channel of the Chobe River and the cultivation of Kasikili/Sedudu Island by Caprivi tribesmen. While the Union of South Africa was aware of the application for permission to transport timber by a firm in Bechuanaland, its main concern was the continuation of the cultivation of the Island by the tribesmen of the Eastern Caprivi Strip. This is shown by the following quotation from the letter:

> "It is understood that the necessity for consideration of the matter arises from the fact that a certain river transport venture, which proposes to transport timber down the river from a sawmill in Bechuanaland has raised the question of the correct boundary both in representations to the Magistrate, Eastern Caprivi Zipfel and to the Bechuanaland authorities.
>
> The Report discloses that while the main channel of the Chobe River is shown on maps as passing to the South of Kasikili Island it in fact passes to the North of that Island.
>
> It has been confirmed, as a result of exhaustive enquiries, that there has been no shifting of the main channel of the river from South to North within living memory. The facts, therefore, point to the maps being incorrect.
>
> As against the foregoing there is evidence that the Island has been cultivated by Caprivi Tribesmen since at least 1907 and that their right to the occupation of the Island has at no time been disputed.
>
> The Union Government is anxious to preserve the rights of the Caprivi Zipfel tribesmen on the Island and it is understood that the Bechuanaland authorities desire the use of the Northern channel for navigation purposes. As there would appear to be no conflict of interests it should be possible to come to an arrangement which is mutually satisfactory." (Memorial of Namibia, IV, Ann. 63, p. 280.)

The letter of 4 November 1948 of the Administrative Secretary to the

l'accord, le chenal principal ne s'est pas déplacé du bras sud au bras nord.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 62, p. 277; les italiques sont de moi.)

*

54. Dans une lettre adressée le 14 octobre 1948 par le secrétaire auprès du premier ministre et secrétaire d'Etat aux affaires extérieures de l'Union sud-africaine (chargé de la région située au nord du Chobe), au secrétaire administratif auprès du haut commissaire pour le Basutoland, le protectorat du Bechuanaland et le Swaziland (chargé d'administrer la région située au sud du Chobe), il est dit que, de mémoire d'homme, il n'y a pas eu de déplacement de la *frontière* du chenal sud au profit du chenal nord. Les problèmes qui se posaient à l'époque entre les deux autorités portaient, semble-t-il, sur le transport de bois d'œuvre par le chenal nord du Chobe et les cultures pratiquées sur l'île de Kasikili/Sedudu par des membres des tribus du Caprivi. L'Union sud-africaine savait qu'une entreprise située au Bechuanaland demandait l'autorisation de transporter du bois d'œuvre mais elle se souciait essentiellement de garantir que les tribus de la partie orientale de la bande de Caprivi pouvaient continuer à cultiver l'île. C'est ce que montre le texte de la lettre que je cite ci-dessous:

> «Il apparaît que l'examen de la question est rendu nécessaire par le projet formé par une entreprise de transport fluvial de faire descendre du bois d'œuvre par le Chobe depuis une scierie située au Bechuanaland, ce qui a soulevé la question de savoir quelle était la frontière exacte, aussi bien dans les documents soumis au magistrat de la partie orientale de la bande de Caprivi que dans ceux qui l'ont été aux autorités du Bechuanaland.
>
> Le rapport montre que, si les cartes indiquent [que] le chenal principal du Chobe [est] au sud de l'île de Kasikili, en fait, il passe au nord de cette île.
>
> Des enquêtes exhaustives ont montré qu'il n'y a pas eu de déplacement du chenal principal du sud vers le nord de mémoire humaine. Donc, les faits signifient que les cartes sont inexactes.
>
> En revanche, il est prouvé que l'île est cultivée au moins depuis 1907 par les tribus du Caprivi et que le droit de ces tribus à l'occupation de l'île n'a jamais été contesté.
>
> Le gouvernement de l'Union est désireux de protéger les droits des tribus de la bande de Caprivi sur l'île et il apparaît que les autorités du Bechuanaland souhaitent utiliser le chenal nord pour la navigation. Comme il semble qu'il n'y ait pas de conflit d'intérêts, il devrait être possible de trouver un arrangement mutuellement satisfaisant.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 63, p. 280.)

Dans la lettre adressée le 4 novembre 1948 au secrétaire d'Etat aux

British High Commissioner addressed to the Secretary of State for External Affairs in the Union of South Africa states that:

> "I am directed by the High Commissioner for Basutoland, the Bechuanaland Protectorate and Swaziland to inform you that the Resident Commissioner of the Bechuanaland Protectorate has directed the Assistant District Commissioner, Kasane, that tribesmen of the Caprivi Zipfel should be allowed to cultivate land on Kasikili Island, if they wish to do so, under an annual renewable permit." (Memorial of Namibia, IV, Ann. 64, p. 281.)

The letter of 14 February 1949 from the Secretary to the Prime Minister and for External Affairs to the Chief Secretary to the British High Commissioner on Basutoland, the Bechuanaland Protectorate and Swaziland, sounded out the possibility of agreeing that the Island should belong to the northern bank (South West Africa) but that the navigation route should remain as the northern channel:

> "From the available information it is clear that Caprivi Tribesmen have made use of the Island for a considerable number of years and that their right to do so has at no time been disputed either by Bechuanaland Tribesmen or the Bechuanaland authorities.
>
> It was further understood that the interests of the Bechuanaland authorities centred in the use of the Northern Channel of the Chobe for navigation purposes.
>
> My object in writing to you was therefore to ascertain whether agreement could not be reached on the basis of your Administration recognising the Union's claim to Kasikile Island subject to it issuing a general permit for the use of the Northern waterway for navigation purposes." (Memorial of Namibia, IV, Ann. 65, p. 283.)

55. In a letter of 6 June 1949 addressed to Lord Noel-Baker (Secretary of State for Commonwealth Relations), the British High Commissioner seems to have been ready to accept the proposal of the Union of South Africa that the southern channel would constitute the boundary, as shown by the following quotation:

> "2. Part of that boundary is formed by the main channel of the Chobe or Linyati River which runs eastwards into the Zambesi, and divides the northern border of the Bechuanaland Protectorate from a narrow strip of territory known as the Caprivi Zipfel. About 10 miles west of its junction with the Zambesi, the Chobe river encloses Kasikile Island, a small strip of land about 1½ square miles in area; this has hitherto been regarded as part of the Caprivi Zipfel, since maps show that the main channel passes to the south of the island.
>
> 3. The question of the correct boundary was raised by a firm which intends to transport timber down the river, and the Union Government, having examined the question, find that the main

affaires extérieures de l'Union sud-africaine par le secrétaire administratif auprès du haut commissaire britannique, il est dit ceci:

> «d'ordre du haut commissaire pour le Basutoland, le protectorat du Bechuanaland et le Swaziland, j'ai l'honneur de vous faire savoir que le commissaire résident du protectorat du Bechuanaland a donné ordre au commissaire de district à Kasane d'autoriser les membres des tribus de la bande de Caprivi à cultiver ... l'île de Kasikili, s'ils le souhaitent, en vertu d'un permis annuel renouvelable» (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 64, p. 281).

Dans une lettre adressée le 14 février 1949 au secrétaire en chef auprès du haut commissaire britannique pour le Basutoland, le protectorat du Bechuanaland et le Swaziland, le secrétaire auprès du premier ministre chargé des affaires extérieures a évoqué la possibilité d'accepter que l'île appartienne à la rive nord (Sud-Ouest africain) tandis que, toutefois, la voie de navigation continuerait de se situer dans le chenal nord:

> «Il ressort clairement des informations disponibles que les membres des tribus du Caprivi utilisent l'île depuis très longtemps et que leur droit d'agir ainsi n'a jamais été contesté, ni par les tribus ni par les autorités du Bechuanaland.
>
> Nous pensions que les autorités du Bechuanaland s'intéressaient avant tout à la possibilité d'utiliser le chenal nord du Chobe pour la navigation.
>
> Je vous écris donc afin de déterminer s'il ne serait pas possible de conclure un accord dont l'élément principal serait que votre administration reconnaîtrait les prétentions de l'Union sur l'île de Kasikili, sous réserve que l'Union délivre une autorisation générale d'utiliser le chenal nord pour la navigation.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 65, p. 283.)

55. Dans une lettre adressée le 6 juin 1949 à lord Noel-Baker (secrétaire d'Etat chargé des relations avec le Commonwealth), le haut commissaire britannique semble avoir été disposé à accepter la proposition de l'Union sud-africaine tendant à ce que le chenal sud constitue la frontière, comme il ressort de l'extrait ci-dessous:

> «2. Une partie de cette frontière est constituée par le chenal principal du Chobe, ou Linyati, qui s'écoule vers l'est pour se jeter dans le Zambèze et sépare la frontière septentrionale du protectorat du Bechuanaland d'une étroite bande de territoire appelée bande de Caprivi. A une dizaine de miles à l'ouest du confluent, on trouve sur le Chobe l'île de Kasikili, étroite bande de terre d'environ 1,5 mile carré de superficie; jusqu'à présent, on considérait que cette île faisait partie de la bande de Caprivi car les cartes indiquent que le chenal principal coule au sud de l'île.
>
> 3. La question de l'emplacement exact de la frontière a été soulevée par une entreprise qui a l'intention de transporter du bois d'œuvre sur le Chobe, et le gouvernement de l'Union, après avoir

> channel is to the north of the island, and that there has been no change in the course of the channel within living memory. I enclose a copy of a note provided by the Union Government which was jointly recorded on the 19th January, 1948, by the Magistrate of the Eastern Caprivi Zipfel and the District Commissioner of Kasane, Bechuanaland Protectorate, together with a copy of the sketch map mentioned therein.
>
> 4. The Resident Commissioner of the Bechuanaland Protectorate considers that the Union proposal to set the boundary in the southern channel need not be resisted, if the use of the northern channel for navigation is guaranteed for the inhabitants and Government of the Bechuanaland Protectorate. This guarantee the Union Government are prepared to give.
>
> 5. I consider in the circumstances that the proposal of the Union Government is acceptable, and would be glad to have your approval of it." (Memorial of Namibia, IV, Ann. 66, p. 284.)

*

56. This correspondence as referred to in paragraphs 54 and 55 above, seems to indicate the readiness towards the end of the 1940s of the Bechuanaland Protectorate to concede that the southern channel would constitute the boundary if the transportation of timber could be continued by Mr. Ker through the northern channel. However, that suggestion, addressed to Lord Noel-Baker, did not receive the approval of the British Government.

After the exchange of letters between the Union of South Africa and the Bechuanaland Protectorate, there was no progress at that time on the issue concerning the boundary.

(5) The Occurrence of Incidents in 1984 after Botswana's Independence in 1966, and the Joint Survey Which Followed

57. On 25 October 1984 an incident took place in which a South African patrol boat on the Chobe River was shot at by Botswana Armed Forces (Memorial of Namibia, IV, Ann. 84, p. 329). This can be regarded as the beginning of the territorial dispute between the two entities. At an intergovernmental meeting held in Pretoria on 19 December 1984 (Memorial of Botswana, III, Ann. 50, p. 396) it was decided that a joint survey should be undertaken to determine whether the main channel of the Chobe River was located in the northern or the southern channel (Memorial of Botswana, III, Ann. 48, p. 384).

In fact, the July 1985 report on the "Chobe River Boundary Survey: Sidudu/Kasikili Island" suggested in conclusion: "The main channel of the Chobe River now passes Sidudu/Kasikili Island to the west and to the

examiné la question, a conclu que le chenal principal se trouvait au nord de l'île et que son cours n'avait pas varié de mémoire d'homme. Je joins à la présente lettre une copie d'une note qui a été communiquée par le gouvernement de l'Union et a été établie conjointement, le 19 janvier 1948, par le magistrat de la partie orientale de la bande de Caprivi et le commissaire de district à Kasane, dans le protectorat du Bechuanaland, ainsi qu'une copie de la carte rudimentaire dont il est question dans cette note.

4. Le commissaire résident du protectorat du Bechuanaland estime qu'il n'est pas nécessaire de s'opposer à la proposition de l'Union de faire passer la frontière par le chenal sud si l'utilisation du chenal nord pour la navigation est garantie pour les habitants et le gouvernement du protectorat du Bechuanaland. Cette garantie, le gouvernement de l'Union est disposé à l'accorder.

5. Dans ces conditions, je considère la proposition du gouvernement de l'Union comme acceptable et serais heureux que vous l'approuviez.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 66, p. 284.)

*

56. La correspondance dont je fais état aux paragraphes 54 et 55 ci-dessus semble indiquer que, vers la fin des années quarante, le protectorat du Bechuanaland était disposé à concéder que le chenal sud constitue la frontière du moment que M. Ker pourrait continuer à transporter du bois d'œuvre par le chenal nord. Toutefois, cette suggestion formulée à l'intention de lord Noel-Baker n'a pas été approuvée par le Gouvernement britannique.

Après cet échange de lettres entre l'Union sud-africaine et le protectorat du Bechuanaland, aucun progrès n'est enregistré à cette époque sur la question de la frontière.

5) *Les incidents qui ont lieu en 1984 après l'indépendance du Botswana en 1966, et l'enquête topographique conjointe qui a suivi*

57. Le 25 octobre 1984, il se produit un incident au cours duquel les forces de défense du Botswana tirent sur une embarcation d'une patrouille des forces de défense sud-africaines qui parcourent le Chobe (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 84, p. 329). C'est cet incident qui est, peut-on dire, à l'origine du différend territorial entre les deux entités. Lors d'une réunion intergouvernementale qui se tient à Pretoria le 19 décembre 1984 (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 50, p. 396), il est décidé d'organiser une étude topographique conjointe pour établir si le chenal principal du Chobe se situe dans le chenal nord ou bien dans le chenal sud (mémoire du Botswana, vol. III, annexe 48, p. 384).

En fait, le rapport datant de juillet 1985 sur «l'étude de frontière du Chobe: l'île de Sedudu/Kasikili» propose la conclusion suivante: «Le chenal principal du Chobe contourne maintenant l'île de Sedudu/Kasikili

north of it" (emphasis added). However no effort was made to find a solution to the political issue, namely, the national boundary between the powers to the north and south of the river.

*

58. The telex dated 22 October 1986 from "Pula Gaborne" Botswana (responsible for the area south of the Chobe River) to "Secextern" Pretoria (responsible for the area north of the Chobe River), referring to the discussion held on 13 October 1986, states:

> "It will be recalled that the Botswana side submitted that Sidudu/Kasikili Island is part of the territory of Botswana, as confirmed by the Botswana/South Africa joint team of experts which reported to the two Governments in July, 1985. Pula wishes to inform Secextern that the Government of Botswana has since occupied Sidudu/Kasikili Island and expects the Government of South Africa to respect the sovereignty and territorial integrity of the Republic of Botswana in respect of the island." (Memorial of Botswana, III, Ann. 52, p. 406.)

The South African authorities suggested that a meeting be convened for the solution of the problem. The exchange of communication ended with a telex from the Botswana authorities dated 25 November 1986, which read as follows:

> "The joint Botswana/South Africa team of experts were never asked to demarcate an international boundary but 'to determine whether the main channel of the Chobe River is located to the north or south of Sidudu Island'. The joint team confirmed what had always been the fact, namely that the main channel is located to the *north* of the island, and that is where the boundary is.
>
> It is therefore clear that adequate clarification of the matter has been made to satisfy normal requirements and no further discussion of the matter is necessary." (Memorial of Botswana, Ann. 54, p. 410; emphasis added.)

(6) What Does the Past Practice Indicate?

59. After an examination of certain incidents that occurred in the area, as well as the correspondence between the authorities of the northern bank and southern bank and certain surveys conducted in the course of the past hundred years, I conclude that the northern channel of the Chobe River had been regarded, implicitly or explicitly, as the boundary separating the authorities on the northern and southern banks, and that Kasikili/Sedudu Island had been regarded as being under the authority of

par l'ouest et *par le nord.*» (Les italiques sont de moi.) Toutefois, il n'a pas été tenté de trouver une solution au problème politique, c'est-à-dire de déterminer la frontière nationale entre les puissances installées au nord et au sud du fleuve.

*

58. Dans le télex daté du 22 octobre 1986 émanant de «Pula Gaborne» Botswana (chargé de la zone située au sud du Chobe) et adressé à «Secextern» Pretoria (chargé de la zone située au nord du Chobe), lequel concerne les discussions qui se sont tenues le 13 octobre 1986, il est dit ceci:

> «Il est rappelé que la partie botswanaise a affirmé que l'île de Sedudu/Kasikili appartient au territoire du Botswana, comme cela a été confirmé par la commission mixte d'experts Botswana/Afrique du Sud qui a remis son rapport aux deux gouvernements en juillet 1985. [Nous souhaitons vous] informer ... que le Gouvernement du Botswana a depuis lors occupé l'île de Sedudu/Kasikili et compte que le Gouvernement de l'Afrique du Sud respectera la souveraineté et l'intégrité territoriale de la République du Botswana en ce qui concerne l'île.» (Mémoire du Botswana, vol. III, annexe 52 p. 406.)

Les autorités sud-africaines ont alors proposé de tenir une réunion pour résoudre le problème. L'échange de communications a pris fin avec un télex adressé par les autorités botswanaises le 25 novembre 1986, qui se lit comme suit:

> «Il n'a jamais été demandé à la commission mixte d'experts Botswana/Afrique du Sud de procéder à la démarcation d'une frontière internationale mais de «déterminer si le chenal principal du Chobe est situé au nord ou au sud de l'île de Sedudu». La commission mixte a confirmé ce qui existe depuis toujours dans les faits, à savoir que le chenal principal est situé au *nord* de l'île et que c'est donc là que se trouve la frontière.
>
> Il est donc évident que les éclaircissements voulus ont été donnés sur la question, qu'ils satisfont aux exigences habituelles et qu'il n'est pas nécessaire d'en discuter davantage.» (Mémoire du Botswana, annexe 54, p. 410; les italiques sont de moi.)

6) Que dit la pratique antérieure?

59. Après avoir donc étudié certains incidents qui ont eu lieu dans la région, ainsi que la correspondance entre les autorités de la rive nord et de la rive sud et certaines enquêtes ou études topographiques menées au cours des cent dernières années, j'aboutis à la conclusion que le chenal nord du Chobe a été considéré implicitement ou explicitement comme la frontière séparant les autorités établies, les unes sur la rive nord, les autres, sur la rive sud, et que l'île de Kasikili/Sedudu a été considérée

the south, despite the occasional use of the Island by tribespeople from the northern side.

The Judgment, however, refers to these same past practices as if they might serve to assist it in interpreting the 1890 Anglo-German Treaty as provided for in the Vienna Convention on the Law of Treaties, and the Court came to the conclusion that those practices were not in fact capable of constituting "subsequent practice" or "subsequent agreement" within the meaning of the Vienna Convention. I would emphasize once more that in my view this case is not one directly related to the application of the provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties to the 1890 Anglo-German Treaty, to which latter Treaty neither Botswana nor Namibia is a party.

I refer above to these past practices, as decisive factors in assisting the Court to determine the course of the boundary in the Chobe River and, hence, to determine the status of Kasikili/Sedudu Island as a part of the territory of Botswana.

VI. CONCLUSION

60. I suggested at the outset that the *compromis* agreed by Botswana and Namibia on 15 February 1996 and filed in the Registry of the Court on 29 May 1996 was not clearly drafted, with the result that the Court would not be able properly to ascertain the Parties' real intention in submitting the "case" to it. The first thing the Court must do is to ascertain whether the Parties wish it to determine the *boundary* between the two States along the Chobe River *or* the *legal status* of Kasikili/Sedudu Island. These two issues, rather than being complementary, may well be contradictory. I suggested that the Parties might have been asked to clarify their common position on the subject of the dispute.

61. The parties to the 1890 Treaty did not attempt to delineate the boundary in the area of the Chobe River but wanted, by the use of the words the "main channel" of the river, to separate their respective spheres of influence taking into consideration the potential possibility of navigation along the Chobe River in order to have access to the Zambezi River. In fact, the Chobe River has not been in the past and is not at the present time used in any substantial way for the purpose of navigation. Thus the words the "main channel of the Chobe River" may well today be understood in the ordinary sense in hydrological terms. I regret that the Court made no attempt to obtain the opinion of an expert regarding the main channel of the Chobe River and relied instead on the opinions of experts who were members of the Parties' respective teams. I accept, however, that the Court has determined the northern channel as the boundary in accordance with the ordinary meaning to be given to the relevant terms as it understands them and I have no objection to its findings on the matter.

comme relevant des autorités de la rive sud, bien que l'île soit de temps à autre utilisée par les membres des tribus de la rive nord.

L'arrêt, toutefois, se reporte à ces pratiques antérieures comme si elles pouvaient l'aider à interpréter le traité anglo-allemand de 1890 ainsi que le prévoit la convention de Vienne sur le droit des traités, et la Cour est parvenue à la conclusion que ces pratiques, en fait, n'étaient pas de nature à constituer «une conduite ultérieurement suivie» ni «un accord ultérieur» au sens de la convention de Vienne. Je tiens à souligner une fois encore qu'à mon sens, la présente affaire est sans rapport direct avec l'application des dispositions de la convention de Vienne sur le droit des traités au traité anglo-allemand de 1890, traité auquel ni le Botswana ni la Namibie ne sont parties.

Si j'examine ci-dessus ces pratiques antérieures, c'est parce que ce sont des éléments déterminants qui aident la Cour à dire où passe la frontière dans le Chobe et, par suite, à déterminer le statut de l'île de Kasikili/Sedudu qui fait partie du territoire du Botswana.

VI. CONCLUSION

60. Au début de la présente opinion, j'ai émis l'idée que le compromis conclu le 15 février 1996 par le Botswana et la Namibie, déposé au Greffe de la Cour le 29 mai 1996, n'était pas rédigé avec clarté, de sorte que la Cour n'allait pas pouvoir bien déterminer quelle était l'intention réelle des Parties quand elles lui ont soumis l'«affaire». La première tâche qui s'impose à la Cour est d'établir si les Parties veulent qu'elle détermine la *frontière* entre les deux Etats le long du Chobe *ou bien* le *statut juridique* de l'île de Kasikili/Sedudu. Au lieu d'être complémentaires, les deux questions risquent fort d'être contradictoires. J'ai émis l'idée que les Parties puissent être priées de préciser leur position commune sur l'objet même du différend.

61. Les parties au traité de 1890 n'ont pas cherché à déterminer la frontière dans la région du Chobe mais ont voulu, en retenant les termes «chenal principal» du fleuve, faire le partage entre leurs sphères d'influence respectives en prenant en considération l'éventuelle possibilité d'accéder par la navigation sur le Chobe au fleuve Zambèze. Or, en fait, le Chobe n'a pas autrefois et n'est pas non plus actuellement utilisé très activement à des fins de navigation. Dans ces conditions, les termes «chenal principal du Chobe» peuvent fort bien s'entendre aujourd'hui au sens ordinaire qu'ils revêtent du point de vue hydrologique. Je regrette que la Cour n'ait pas cherché à recueillir l'avis d'un expert sur le chenal principal du Chobe et se soit fiée à l'avis d'experts appartenant à chacune des équipes des Parties. J'accepte toutefois que la Cour ait établi que le chenal nord correspondait à la frontière conformément au sens ordinaire à attribuer aux termes pertinents à ses yeux et je n'ai pas d'objection à formuler à l'encontre des conclusions de la Cour à ce sujet.

62. I agree with the finding of the Judgment that "the rules and principles of international law", as a basis for determination of the boundary and the legal status of the Island, have no significant role to play in this case.

63. I would rather suggest that the past practices — the geographical surveys and the correspondence between the authorities of the northern and southern bank — which were indicated sufficiently in the Judgment and of which I have also made an extensive analysis, are of themselves the most important and decisive element in assisting the Court to determine that the boundary between Botswana and Namibia is located in the northern channel and that Kasikili/Sedudu Island thus falls within the territory of Botswana.

(*Signed*) Shigeru ODA.

62. Je souscris notamment à la conclusion formulée dans l'arrêt suivant laquelle «les règles et principes du droit international» n'ont pas de rôle important à jouer aux fins de la détermination de la frontière et du statut juridique de l'île en l'espèce.

63. Je dirais plutôt qu'à mon sens, les pratiques antérieures — c'est-à-dire les études techniques géographiques et la correspondance entre les autorités occupant la rive nord et la rive sud, qui ont été indiquées suffisamment en détail dans l'arrêt et que j'ai moi-même longuement analysées, sont à elles seules l'élément le plus important et le plus déterminant qui puisse aider la Cour à décider que la frontière entre le Botswana et la Namibie est située dans le chenal nord et que l'île de Kasikili/Sedudu fait par conséquent partie du territoire du Botswana.

(Signé) Shigeru ODA.

SEPARATE OPINION OF JUDGE KOOIJMANS

Namibia's alternative claim of acquisitive prescription — Admissibility — Reference to "rules and principles of international law" in Special Agreement — Subsequent practice and acquisitive prescription.

Kasane Communiqué — Mutual commitments linked to settlement of dispute — Waters around Island part of unitary whole irrespective of location of boundary — Use of these waters similar to non-navigational uses — Convention on Law of Non-navigational Uses of International Watercourses — Helsinki Rules — Principle of equitable and reasonable utilization.

1. Although I have voted in favour of the operative provisions of the Judgment, I feel compelled to append some observations since I find myself unable to concur with part of the Court's reasoning. I also wish to make a number of additional remarks to supplement the conclusions of the Court concerning the use of the waters around Kasikili/Sedudu Island.

I

2. I agree with the Court's conclusion that the boundary between Botswana and Namibia follows the line of deepest soundings in the northern channel of the Chobe River around Kasikili/Sedudu Island and that this Island forms part of the territory of Botswana.

3. That finding is the result of the Court's interpretation of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 and is in conformity with Article I of the Special Agreement of 15 February 1996, in which the Parties requested the Court to determine, on the basis of the Anglo-German Treaty and the rules and principles of international law, the boundary between them around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the Island.

4. In my opinion the Court's conclusion with regard to the legal status of the Island should, however, not have been based simultaneously upon the consideration that the correctness of Namibia's claim that it has title to Kasikili/Sedudu Island not only on the basis of the 1890 Treaty, but also, in the alternative, on the basis of the doctrine of prescription, has been insufficiently established by Namibia and that this claim, therefore, cannot be accepted (paras. 99 and 101 of the Judgment).

5. I do not disagree with the Court's analysis of this claim nor with its evaluation of the evidence adduced by Namibia to support it; in my opinion, however, this claim should have been declared inadmissible right away.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. KOOIJMANS

[Traduction]

La demande subsidiaire de la Namibie, fondée sur la prescription acquisitive — Recevabilité — Les « règles et principes du droit international » invoqués dans le compromis — Conduite ultérieure et prescription acquisitive.

Le communiqué de Kasane — Engagements réciproques liés au règlement du différend — Les eaux entourant l'île font partie d'un tout indépendamment de la situation de la frontière — L'utilisation de ces eaux est assimilable aux utilisations autres que la navigation — Convention sur le droit des utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation — Les règles d'Helsinki — Principe de l'utilisation équitable et raisonnable.

1. J'ai voté pour le dispositif de l'arrêt, mais je m'estime tenu de formuler quelques observations car je suis dans l'impossibilité de souscrire à certains des motifs exposés par la Cour. Je tiens en outre à compléter sur plusieurs points les conclusions de la Cour au sujet de l'utilisation des eaux entourant l'île de Kasikili/Sedudu.

I

2. Je souscris à la conclusion de la Cour aux termes de laquelle la frontière entre le Botswana et la Namibie suit la ligne des sondages les plus profonds dans le chenal nord du fleuve Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu, et que ladite île fait partie du territoire du Botswana.

3. Cette conclusion découle de l'interprétation donnée par la Cour du traité anglo-allemand du 1er juillet 1890 et est conforme à l'article I du compromis du 15 février 1996 par lequel les Parties ont prié la Cour de déterminer, sur la base du traité anglo-allemand et des règles et principes du droit international, la frontière entre elles autour de l'île de Kasikili/Sedudu ainsi que le statut juridique de cette île.

4. A mon avis, la Cour n'aurait toutefois pas dû fonder en même temps sa conclusion relative au statut juridique de l'île sur l'idée que la Namibie n'a pas vraiment établi qu'elle tient son titre sur l'île de Kasikili/Sedudu non seulement du traité de 1890 mais aussi, à titre subsidiaire, de la doctrine de la prescription, et que, par conséquent, cette revendication ne saurait être acceptée (paragraphes 99 et 101 de l'arrêt).

5. Je ne refuse pas l'analyse que la Cour fait de cette demande ni la façon dont elle apprécie les moyens par lesquels la Namibie défend sa thèse; à mon avis, toutefois, il aurait fallu déclarer immédiatement cette demande irrecevable.

6. In the written and oral proceedings Namibia has claimed that there is an alternative ground — entirely independent of the terms of the 1890 Treaty — by which it is entitled to sovereignty over Kasikili/Sedudu Island, viz., prescription, acquiescence and/or recognition. It contended that the Special Agreement, by referring in its Article I to the rules and principles of international law, explicitly or implicitly allowed the Court to apply the doctrine of acquisitive prescription as a separate ground for Namibia's sovereignty over the Island.

7. For its part, counsel for Botswana maintained that it would be "contrary to common sense to presume that the general reference to 'the rules and principles of international law' should prevail over the reference to a specific international agreement *which defines the boundary in question*" (emphasis in original).

8. The Court is of the view that the reference in the Special Agreement to the "rules and principles of international law" not only authorizes the Court to interpret the 1890 Treaty in the light of those rules and principles but also to apply them independently and that, consequently, the Special Agreement does not preclude the Court from examining arguments relating to prescription (para. 93).

9. With all due respect, I do not find the Court's reasoning persuasive. The fact that Article III of the Special Agreement states that the rules and principles of international law applicable to the dispute shall be those set forth in the provisions of Article 38, paragraph 1, of the Court's Statute can hardly be called enlightening; it only refutes — as the Court correctly states — Botswana's argument that the Special Agreement allows the Court to apply only the rules and principles of international law concerning treaty interpretation.

10. But this reference in Article I, as specified in Article III of the Special Agreement does not add anything to what the Court is not already entitled to do by the Statute. In the case of *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)* the Court stated:

> "While the Court is, of course, bound to have regard to all the legal sources specified in Article 38, paragraph 1, of the Statute of the Court in determining the relevant principles and rules applicable to the delimitation, it is also bound, in accordance with paragraph 1 *(a)*, of that Article, to apply the provisions of the Special Agreement." (*I.C.J. Reports 1982*, p. 37, para. 23.)

11. In the Special Agreement the Parties ask the Court to determine, on the basis of the 1890 Treaty and the rules and principles of international law — without dissociating the latter from the former — the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island and the legal status of the Island — again, without dissociating the latter from the former.

6. Au cours de la procédure écrite comme au cours de la procédure orale, la Namibie a prétendu qu'elle est habilitée à exercer la souveraineté sur l'île de Kasikili/Sedudu sous l'effet d'un titre subsidiaire, totalement indépendant des dispositions du traité de 1890, c'est-à-dire la prescription, l'acquiescement et/ou la reconnaissance. D'après cette thèse, le compromis, parce qu'il invoque à l'article I les règles et principes du droit international, autorise expressément ou implicitement la Cour à appliquer la doctrine de la prescription acquisitive et à justifier ainsi de façon distincte que la souveraineté sur l'île revient à la Namibie.

7. De son côté, le conseil du Botswana a dit qu'il serait «contraire au bon sens de présumer qu'invoquer sous une forme générale les «règles et principes du droit international» a nécessairement plus de poids qu'invoquer un certain accord international *qui définit la frontière en question*».

8. Pour la Cour, le compromis, en faisant état des «règles et principes du droit international», l'autorise non seulement à interpréter le traité de 1890 à la lumière de ces règles et principes mais également à faire une application indépendante desdits règles et principes de sorte que le compromis ne lui interdit pas de connaître des arguments relatifs à la prescription (par. 93).

9. Malgré le respect que je lui dois, le raisonnement de la Cour ne me paraît pas convaincant. Et l'on ne trouve guère d'éclaircissement à l'article III du compromis qui nous dit que les règles et principes du droit international qui s'appliquent au différend sont ceux qui sont énumérés au paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la Cour; ce fait permet simplement de réfuter, comme la Cour le dit justement elle-même, la thèse du Botswana quand celui-ci soutient que le compromis autorise la Cour à n'appliquer que les règles et principes du droit international relatifs à l'interprétation des traités.

10. Mais ce renvoi aux règles et principes du droit international qui figure à l'article I, tel qu'il est précisé à l'article III du compromis, n'ajoute rien à la liberté d'action que son Statut accorde déjà à la Cour. Dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne)*, la Cour dit ceci:

> «Pour rechercher les principes et règles pertinents applicables à la délimitation, la Cour est tenue, bien entendu, de s'inspirer de toutes les sources de droit visées à l'article 38, paragraphe 1, de son Statut dont l'alinéa *a)* lui prescrit d'appliquer les dispositions du compromis.» (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 37, par. 23.)

11. Or, dans leur compromis, les Parties prient la Cour de déterminer, sur la base du traité de 1890 et des règles et principes du droit international — sans dissocier le second élément du premier — la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu ainsi que le statut juridique de cette île — là encore, sans dissocier le second élément du premier.

In my opinion, therefore, the Special Agreement precludes the Court from applying the rules and principles of international law independently of the Treaty. It is the Treaty which determines the boundary. Without interpreting and applying the Treaty the Court is not able to determine the boundary and the legal status of the Island as it is requested to do by the Special Agreement.

12. The Special Agreement asks the Court to do two things: first, to determine the boundary between Namibia and Botswana around Kasikili/Sedudu Island, and, second, to determine the legal status of the Island. The logical order seems to be to answer the first question first. In order to do so the Court must on the basis of the Anglo-German Treaty determine whether the northern or the southern channel is or contains the main channel. Once that determination has taken place, the second question is implicitly answered as well: if the northern channel is the main channel, the Island belongs to the territory of Botswana; if the southern channel is the main channel, it is part of Namibia; in other words, the Island goes with the boundary.

13. The second question, that of the legal status of the Island, can in my opinion only be answered independently of the first question if the Court would have concluded that the terms of the Treaty cannot possibly be interpreted in a meaningful way, or that the parties to the Treaty by their conduct have indicated that the terms of the Treaty have lost their relevance. In that case a reverse situation presents itself: the answer to the first question is implicitly given by the preceding answer to the second question: the title over the Island determines the location of the boundary and it does so irrespective of the terms of the Treaty, but certainly not independently of the Treaty. In theory such a procedure would not be unthinkable.

14. In his award in the *Island of Palmas* case the sole Arbitrator, Judge Max Huber, stated that

> "neighbouring states may by convention fix limits to their own sovereignty, even in regions such as the interior of scarcely explored continents where such sovereignty is scarcely manifested, and in this way each may prevent the other from penetration of its territory . . . If, however, no conventional line of sufficient topographical precision exists or if there are gaps in the frontiers otherwise established, or if a conventional line leaves room for doubt . . . the actual continuous and peaceful display of State functions is in case of dispute the sound and natural criterium of territorial sovereignty." (*Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, Vol. II, p. 840.)

15. In my opinion, the conditions mentioned in the Award are not met in the dispute before the Court. For the determination of the boundary the Special Agreement explicitly refers to the 1890 Anglo-German Treaty. There is no lack of sufficient topographical precision in the conventional

A mon avis par conséquent, le compromis interdit à la Cour d'appliquer les règles et principes du droit international indépendamment du traité. C'est le traité qui détermine la frontière. Si elle s'abstient d'interpréter et d'appliquer le traité, la Cour ne peut pas déterminer la frontière et le statut juridique de l'île ainsi que le compromis la prie de le faire.

12. Le compromis impose deux tâches à la Cour: la première consiste à déterminer la frontière entre la Namibie et le Botswana autour de l'île de Kasikili/Sedudu et la seconde consiste à déterminer le statut juridique de l'île. L'ordre logique impose, semble-t-il, de répondre d'abord à la première question. A cette fin, la Cour doit déterminer sur la base du traité anglo-allemand si c'est le chenal nord ou le chenal sud qui correspond au chenal principal ou qui contient ce chenal principal. Une fois cette détermination opérée, la seconde question a implicitement trouvé elle aussi sa réponse: si le chenal nord est le chenal principal, l'île fait partie du territoire du Botswana; si c'est le chenal sud qui est le chenal principal, l'île fait partie de la Namibie; autrement dit, l'île accompagne la frontière.

13. La seconde question, celle du statut juridique de l'île, ne peut à mon avis recevoir de réponse indépendante de la première question que si la Cour avait conclu à l'impossibilité d'interpréter utilement les dispositions du traité ou bien avait conclu que les parties au traité ont indiqué par leur comportement que les dispositions du traité ont perdu toute pertinence. En pareil cas, on se trouve face à la situation opposée: c'est-à-dire que la réponse à la première question est implicitement donnée par la réponse à la seconde question telle que nous venons de l'indiquer: le titre sur l'île détermine l'emplacement de la frontière et ce résultat est indépendant des dispositions du traité mais certainement pas indépendant du traité. D'un point de vue théorique, pareille procédure n'est pas du tout impensable.

14. Dans la sentence rendue dans l'affaire de *L'île de Palmas*, l'arbitre unique, Max Huber, dit ceci:

> «les Etats limitrophes peuvent fixer par traité les limites de leur propre souveraineté, même dans des régions où, comme l'intérieur de continents à peine explorés, cette souveraineté se manifeste à peine, et c'est ainsi que chacun d'eux peut empêcher l'autre de pénétrer sur son territoire... S'il n'existe cependant aucune ligne conventionnelle d'une précision topographique suffisante ou s'il y a des lacunes dans les frontières autrement établies, ou si une ligne conventionnelle donne lieu à des doutes, ... l'exercice réel, continu et pacifique des fonctions étatiques est, en cas de litige, le critérium correct et naturel de la souveraineté territoriale.» (*Revue générale de droit international public (RGDIP)*, p. 165-166.)

15. J'estime qu'en l'espèce les conditions indiquées dans cette sentence arbitrale ne sont pas réunies. Pour la détermination de la frontière, le compromis invoque expressément le traité anglo-allemand de 1890. La précision topographique suffisante ne fait pas défaut dans les dispositions

provisions, like e.g., in the *Palena* case (Argentine-Chile Frontier case, 38 *International Law Reports*, pp. 89 ff.). The Court does not have to find where the main channel of the River Chobe is located, it merely has to determine which of the two channels around Kasikili Island is or contains the main channel and what forms its thalweg. And the conventional line may leave room for doubt, but that doubt cannot be solved in a reasonable and arguable way by choosing a completely different approach which ignores the terms of the Treaty.

16. The inconsistency of Namibia's arguments in respect of its alternative claim is borne out by the fact that this non-Treaty-based claim rests on virtually the same grounds which it has submitted for its Treaty-based claim that the parties by their subsequent conduct have confirmed their agreement regarding the interpretation of the 1890 Treaty (see para. 71 of the Judgment).

17. These grounds are: continued control and use of the Island by the Masubia of Eastern Caprivi, the exercise of jurisdiction over it by the governing authorities in the Caprivi Strip, and the continued silence of the other Party and its predecessors. After examining Namibia's arguments the Court with good reason concludes that these facts do not constitute subsequent practice within the meaning of Article 31, paragraph 3 *(b)*, of the 1969 Convention on the Law of Treaties (para. 75 of the Judgment).

18. These same arguments lie at the basis of Namibia's alternative claim that it has obtained sovereignty over Kasikili/Sedudu Island by acquisitive prescription (see para. 90 of the Judgment). The Court is of the view that Namibia has failed to prove that acts of State authority carried out with regard to the Island justify its claim to prescriptive title (paras. 98 and 99).

19. That conclusion, however, leaves unanswered one question. If Namibia had been able to prove that the requirements for acquisitive prescription, as referred to in paragraph 94 of the Judgment, had been fulfilled, would that not have constituted subsequent practice as well? Would it have been conceivable indeed to evaluate Namibia's claim to prescriptive title positively and at the same time to evaluate its claim concerning subsequent practice negatively? In my view that would mean that the Court, after having found that according to the terms of the 1890 Treaty the boundary is in the northern channel, would have been expected to use its answer to the second question concerning the legal status of the Island in order to trump its answer to the first question. In my opinion it would be highly artificial to read the Special Agreement as enabling the Court to do so.

conventionnelles, comme c'était le cas, par exemple, dans le différend frontalier entre l'Argentine et le Chili (*Palena, International Law Reports*, vol. 38, p. 89 et suiv.). La Cour n'a pas pour tâche de déterminer où se situe le chenal principal du fleuve Chobe, elle doit simplement déterminer lequel des deux chenaux entourant l'île de Kasikili correspond au chenal principal ou contient le chenal principal et ce qui forme son thalweg. Et il est possible que la ligne conventionnelle donne lieu à des doutes, mais on ne peut pas lever ces doutes de façon raisonnable et argumentée en choisissant une approche totalement différente qui laisse de côté les dispositions du traité.

16. L'illogisme de l'argumentation de la Namibie quand celle-ci plaide sa thèse subsidiaire est confirmé par le fait que cette demande non fondée sur le traité repose pratiquement sur les mêmes motifs que ceux par lesquels elle étaye la demande qu'elle fonde sur le traité, qui consistent à dire que, par leur conduite ultérieure, les parties ont confirmé qu'elles donnaient du traité de 1890 la même interprétation (voir le paragraphe 71 de l'arrêt).

17. Ces motifs sont les suivants: le maintien du contrôle et de l'utilisation de l'île par les Masubia du Caprivi oriental, l'exercice de la juridiction sur l'île par les autorités appelées à administrer la bande de Caprivi et le silence persistant de la partie adverse et de ses prédécesseurs. Après avoir examiné les arguments de la Namibie, la Cour conclut de façon parfaitement justifiée que ces faits ne sont pas constitutifs d'une pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3 *b)* de la convention de 1969 sur le droit des traités (paragraphe 75 de l'arrêt).

18. C'est par les mêmes arguments que la Namibie soutient à titre subsidiaire avoir établi sa souveraineté sur l'île de Kasikili/Sedudu par voie de prescription acquisitive (voir le paragraphe 90 de l'arrêt). La Cour est, quant à elle, d'avis que la Namibie n'est pas parvenue à prouver que des actes d'autorité étatique qu'elle aurait accomplis en ce qui concerne l'île l'autorisent à prétendre avoir acquis un titre par prescription (paragraphes 98 et 99 de l'arrêt).

19. Cette conclusion laisse toutefois sans réponse une question: si la Namibie avait pu prouver que les conditions à remplir pour justifier l'acquisition d'un titre par prescription, telles qu'elles sont définies au paragraphe 94 de l'arrêt, avaient bel et bien été remplies, est-ce que cela n'aurait pas été constitutif d'une conduite ultérieurement suivie également? Aurait-on vraiment pu imaginer qu'il fût possible de répondre favorablement à la Namibie quand celle-ci prétend avoir acquis un titre par prescription et de lui répondre en même temps par la négative quand elle plaide la conduite ultérieure? A mon sens, cela voudrait dire que la Cour, après avoir dit qu'en vertu des dispositions du traité de 1890 la frontière se situe dans le chenal nord, aurait dû se servir de sa réponse à la seconde question concernant le statut juridique de l'île pour consolider sa réponse à la première question. A mon avis, il serait extrêmement artificiel d'interpréter le compromis comme autorisant la Cour à adopter cette façon de faire.

20. In my view, therefore, the Court should have refused to entertain Namibia's alternative claim and should have declared it inadmissible.

II

21. I have voted in favour of paragraph 3 of the *dispositif* of the Judgment which deals with the use of the two branches of the Chobe around Kasikili/Sedudu Island and is based on the Court's finding that the Parties have undertaken commitments to one another in this respect.

22. It seems relevant to point out that these undertakings are part of the Kasane Communiqué of 24 May 1992, a document which has as its main element the agreement between the Parties to settle the boundary dispute peacefully. These undertakings therefore are indissolubly linked to the Parties' decision to have the boundary determined, first by a jointly appointed Team of Technical Experts and subsequently, after the failure of the Joint Team to reach a conclusion, by the International Court of Justice on the basis of the Special Agreement of 15 February 1996. In carrying out its task of determining the boundary and the legal status of Kasikili/Sedudu Island, the Court can and must consider the Special Agreement in its context together with the surrounding statements and circumstances.

23. In addition to what the Court has said in paragraphs 102 and 103, I wish to make some observations which could provide guidance to the Parties for further conduct and place their mutual relations in a wider perspective. These observations are based on recent developments of the rules and principles of international law concerning the uses of international watercourses and in particular those concerning the equitable and reasonable utilization of their resources.

24. Such considerations have no place in determining the boundary between the Parties. The Court cannot relocate or shift the boundary on such grounds if according to the terms of the Treaty it must be taken to be the thalweg of the northern channel. While reflecting the rules and principles of international law, referred to in the Special Agreement, these considerations can merely focus on the undertakings of the Parties entered into in the context of their efforts to settle the dispute peacefully and on their present and future relations. As the Court has observed: "It is not a matter of finding simply an equitable solution, but an equitable solution derived from the applicable law" (*Fisheries Jurisdiction, I.C.J. Reports 1974*, p. 33, para. 78; p. 202, para. 69).

25. The Chobe River around Kasikili/Sedudu Island can be said to be part of a "watercourse" in the sense of the 1997 Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses.

20. A mon avis, par conséquent, la Cour aurait dû refuser d'accueillir la demande subsidiaire de la Namibie et aurait dû la déclarer irrecevable.

II

21. J'ai voté pour le paragraphe 3 du dispositif de l'arrêt qui porte sur l'utilisation des deux chenaux autour du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu et repose sur la conclusion retenue par la Cour qui est que les Parties ont souscrit vis-à-vis l'une de l'autre des engagements à cet égard.

22. Il me paraît utile de faire observer que ces engagements figurent dans le communiqué de Kasane adopté le 24 mai 1992, document dont le principal élément est que les Parties conviennent d'un commun accord de régler pacifiquement leur différend frontalier. Ces engagements sont par conséquent indissolublement liés à la décision que les Parties ont adoptée et qui consiste à faire établir la frontière d'abord par une équipe d'experts techniques désignés conjointement et ensuite, cette équipe conjointe n'ayant pu aboutir, de la faire déterminer par la Cour internationale de Justice sur la base du compromis du 15 février 1996. En s'acquittant de sa tâche qui consiste donc à déterminer la frontière ainsi que le statut juridique de l'île de Kasikili/Sedudu, la Cour peut et doit examiner le compromis dans son contexte ainsi que les déclarations et les circonstances entourant le compromis.

23. En sus de ce que la Cour dit aux paragraphes 102 et 103 de l'arrêt, je tiens à formuler certaines observations qui pourraient orienter la conduite ultérieure des Parties et les aider à situer leurs relations réciproques dans une perspective plus large. Ces observations s'inspirent de décisions récentes concernant les règles et principes du droit international qui ont trait aux utilisations des cours d'eau internationaux, en particulier l'utilisation équitable et raisonnable de leurs ressources.

24. Ces considérations n'ont rien à voir avec la détermination de la frontière entre les Parties. La Cour ne peut pas s'en inspirer pour situer ailleurs ou déplacer la frontière si, d'après les dispositions du traité, la frontière correspond nécessairement au thalweg du chenal nord. Même si elles traduisent les règles et principes du droit international invoqués dans le compromis, ces considérations ne peuvent que renvoyer aux engagements contractés par les Parties dans le cadre de l'action qu'elles ont menée pour régler pacifiquement leur différend et aux relations qu'elles entretiennent actuellement et entretiendront à l'avenir. Comme la Cour l'a fait observer: «Il ne s'agit pas simplement d'arriver à une solution équitable, mais d'arriver à une solution équitable qui repose sur le droit applicable» (*Compétence en matière de pêcheries, C.I.J. Recueil 1974*, p. 33, par. 78; p. 202, par. 69).

25. A la hauteur de l'île de Kasikili/Sedudu, on peut dire du fleuve Chobe qu'il fait partie d'un «cours d'eau» au sens de la convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à

Article 2 *(a)* of that Convention gives the following definition of a watercourse:

> "'Watercourse' means a system of surface waters and groundwaters constituting by virtue of their physical relationship a unitary whole and normally flowing into a common terminus."

26. This idea of a watercourse-system as a unitary whole was already recognized by the Institut de droit international in its 1961 Salzburg Resolution on the utilization of non-maritime international waters (except for navigation) (*Annuaire de l'Institut de droit international*, Vol. 49, Part II (1961), pp. 381 ff.). In this Resolution, which was adopted unanimously, the Institute referred to "waters which form part of a watercourse or hydrographic basin which extends over the territory of two or more States". In Article 2 the Institut observes that the right of a State to utilize waters which traverse or border its territory "is limited by the right of utilization of other States interested in the same watercourse or hydrographic basin", whereas Article 3 states that "if States are in disagreement over the scope of the right of utilization, settlement will take place on the basis of equity, taking particular account of their respective needs, as well as of other pertinent circumstances".

27. In 1966 at its Fifty-Second Conference the International Law Association adopted, with only eight abstentions, the so-called Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers (ILA, *Report of the Fifty Second Conference*, Helsinki, 1966, London, 1967, pp. 484 ff.). These refer to the waters of an international drainage basin which in Article II is defined as "a geographical area extending over two or more States determined by the watershed limits of the system of waters, including surface and underground waters, flowing into a common terminus".

The Helsinki Rules are far more detailed than the Institut's 1961 Salzburg Resolution and in certain respects can be called a precursor of the 1997 United Nations Convention. With regard to the principle of equitable utilization Article IV states: "Each basin State is entitled, within its territory, to a reasonable and equitable share in the beneficial uses of the waters of an international drainage basin".

28. It can, therefore, be said that in doctrine there was already overwhelming support for the principle of the equitable utilization of shared water resources when in 1971 the International Law Commission included the topic "The Non-navigational Uses of International Watercourses" in its general programme of work.

29. From the pleadings in the present case it is clear that the waters around Kasikili/Sedudu Island are nearly exclusively used for tourist pur-

des fins autres que la navigation. A l'alinéa *a)* de l'article 2 de cette convention, le cours d'eau est défini de la façon suivante:

> «L'expression «cours d'eau» s'entend d'un système d'eaux de surface et d'eaux souterraines constituant, du fait de leurs relations physiques, un ensemble unitaire et aboutissant normalement à un point d'arrivée commun.»

26. L'idée qu'un système de cours d'eau représente ainsi un ensemble unitaire avait déjà été reconnue par l'Institut de droit international dans la résolution de Salzbourg de 1961 sur l'utilisation des eaux internationales non maritimes (la navigation exceptée) (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 49, deuxième partie (1961), p. 372 et suiv.). Dans cette résolution, qui fut adoptée à l'unanimité, l'Institut vise les «eaux faisant partie d'un cours d'eau ou d'un bassin hydrographique qui s'étend sur le territoire de deux ou plusieurs Etats». A l'article 2, l'Institut fait observer que le droit qu'a tout Etat d'utiliser les eaux qui traversent ou bordent son territoire «a pour limite le droit d'utilisation des autres Etats intéressés au même cours d'eau ou bassin hydrographique», tandis qu'aux termes de l'article 3, «si les Etats sont en désaccord sur la portée de leurs droits d'utilisation, le règlement se fera sur la base de l'équité, en tenant compte notamment de leurs besoins respectifs, ainsi que des autres circonstances propres au cas d'espèce».

27. En 1966, à sa cinquante-deuxième conférence, l'International Law Association a adopté, à huit abstentions près seulement, ce qu'on appelle les règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux (ILA, *Report of the Fifty Second Conference*, Helsinki 1966, Londres 1967, p. 484 et suiv.). Il s'agit des eaux des bassins de drainage internationaux, ce type de bassin étant défini à l'article II comme «une zone géographique s'étendant sur deux ou plusieurs Etats et déterminée par les limites de l'aire d'alimentation du réseau hydrographique, y compris les eaux de surface et les eaux souterraines, aboutissant en un point commun».

Les règles d'Helsinki sont beaucoup plus détaillées que la résolution de Salzbourg adoptée par l'Institut en 1961 et à certains égards, elles sont en quelque sorte le précurseur de la convention des Nations Unies de 1997. En ce qui concerne le principe de l'utilisation équitable de ces eaux, l'article IV dispose: «Chaque Etat du bassin a, sur son territoire, un droit de participation raisonnable et équitable aux avantages que présente l'utilisation des eaux d'un bassin de drainage international.»

28. On peut donc dire que, sur le plan de la doctrine, le principe de l'utilisation équitable des ressources hydrauliques partagées par plusieurs Etats bénéficiait déjà d'un soutien considérable quand la Commission du droit international a inscrit en 1971 à son programme général la question de «l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation».

29. Dans la présente espèce, d'après les écritures, il est clair qu'autour de l'île de Kasikili/Sedudu, les eaux sont presque exclusivement utilisées à

poses. Tourists are carried by flat-bottomed boats (mainly, but not exclusively in the southern channel) to view the wild animals in the Chobe Game Park south of the river, and on Kasikili/Sedudu Island to which these animals regularly cross. Such navigation as there is has virtually nothing to do with fluvial transport in the normal sense of the word "navigation", as this is understood to mean transport by boat in a river from one place to another. The use which is made of the waters around Kasikili/Sedudu Island is more similar to the non-navigational uses of watercourses in the sense of the 1997 Convention.

30. Already in 1929 the Permanent Court of International Justice stressed the community of interest for navigation purposes of all riparian States and the exclusion of any preferential privilege of any of them in relation to the others (*Territorial Jurisdiction of the International Commission of the River Oder, Judgment No. 16, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 23*, p. 27). In the *Gabčíkovo-Nagymaros* case the present Court observed that "modern development of international law has strengthened this principle for non-navigational uses of international watercourses as well, as evidenced by the adoption of the Convention of 21 May 1997 on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses by the United Nations General Assembly" (*I.C.J. Reports 1997*, p. 56, para. 85).

31. The 1997 Convention has not yet entered into force and it will take in all probability a number of years before the 35 instruments of ratification necessary for its entry into force have been deposited. Nor is there any indication that the Parties before the Court have the intention to become bound by its provisions.

This does not mean, however, that a number of the principles, which are formulated in the Convention, have not yet become part of the *corpus* of international law.

32. In paragraph 1 of its commentary on Article 5 of the 1997 Convention, which deals with the principle of equitable and reasonable utilization and participation, the International Law Commission observes:

> "Article 5 sets out the fundamental rights and duties of States with regard to the utilization of international watercourses for purposes other than navigation. One of the most basic of these is the well-established rule of equitable utilization, which is laid down and elaborated upon in paragraph 1."

And the Commission continues by saying that

> "a survey of all available evidence of the general practice of States, accepted as law, in respect of the non-navigational uses of international watercourses . . . reveals that there is overwhelming support for the doctrine of equitable utilisation as a general rule of law for

des fins touristiques. Les touristes sont transportés par bateaux à fond plat (principalement mais non pas exclusivement dans le chenal sud) pour observer les animaux sauvages dans le parc animalier du Chobe situé au sud du fleuve et sur l'île de Kasikili/Sedudu que les animaux gagnent fréquemment à la nage. La navigation qui existe à cet endroit n'a pratiquement rien à voir avec le transport fluvial au sens normal du terme «navigation», lequel vise le transport par bateau sur un fleuve d'un endroit à un autre. L'utilisation qui est faite des eaux entourant l'île de Kasikili/Sedudu correspond plutôt aux utilisations des cours d'eau à des fins autres que la navigation au sens de la convention de 1997.

30. En 1929 déjà, la Cour permanente de Justice internationale avait souligné qu'il existait une communauté d'intérêts chez tous les Etats riverains aux fins de la navigation, à l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres (*Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, arrêt n° 16, 1929, C.P.J.I. série A n° 23*, p. 27). Dans l'affaire *Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour actuelle a fait observer à ce propos que «le développement moderne du droit international a renforcé ce principe également pour les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, comme en témoigne l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 21 mai 1997, de la convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation» (*C.I.J. Recueil 1997*, p. 56, par. 85).

31. Cette convention de 1997 n'est pas encore entrée en vigueur et il faudra très vraisemblablement attendre plusieurs années pour que soient déposés les trente-cinq instruments de ratification indispensables. Et rien ne semble indiquer que les Parties en l'espèce aient l'intention de se lier par ladite convention.

Cela ne veut toutefois pas dire qu'un certain nombre des principes formulés dans cette convention ne soient pas déjà devenus partie intégrante du corps même du droit international.

32. Au paragraphe 1 de son commentaire sur l'article 5 de la convention de 1997, lequel porte sur le principe de l'utilisation et participation équitable et raisonnable, la Commission du droit international fait observer ceci :

> «L'article 5 énonce les droits et les devoirs fondamentaux des Etats en ce qui concerne l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. L'un des principaux en est la règle bien établie de l'utilisation équitable, qui est formulée et développée au paragraphe 1.»

Et la Commission poursuit :

> «l'étude de tous les éléments dont on dispose comme preuve de l'existence d'une pratique générale des Etats, acceptée comme étant le droit, en ce qui concerne les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation ... montre que la doctrine

> the determination of the rights and obligations of states in this field" (para. 10).

33. Both Article 5 of the 1997 Convention and Article IV of the 1966 Helsinki Rules seemingly contain a territorial limitation by providing that watercourse States (Helsinki Rules: basin States) in their territories are entitled to a reasonable and equitable share of the uses and benefits of an international watercourse[1].

Both instruments, however, clearly reject the so-called "Harmon Doctrine" which embodies the claim that a State has the unqualified right to utilize and dispose of the waters of an international river flowing through its territory.

The comment on Article IV of the Helsinki Rules states that the Harmon Doctrine has never had a wide following among States and has been rejected by virtually all States which have had occasion to speak out on the point and it continues by saying that each basin State has rights equal in kind and correlative with those of each co-basin State.

34. By the commitments contained in the Kasane Communiqué of 24 May 1992 (see para. 102 of the Judgment) the Parties have implicitly recognized that the Chobe River around Kasikili/Sedudu Island is part of a unitary whole, irrespective of the exact location of the boundary as a result of the determination by the Court.

35. The southern channel does not all of a sudden turn into an internal water once it is decided that the northern channel is or contains the "main channel" in the terms of the 1890 Treaty, even if the former is wholly within Botswana territory. It continues to be part of a system of surface waters and groundwaters which by virtue of their physical relationship constitute a unitary whole.

36. In their future dealings concerning the uses of the waters around Kasikili/Sedudu Island the Parties should let themselves be guided by the rules and principles as embodied in the 1997 Convention and in the Helsinki Rules. They should keep in mind that, as the International Law Commission said, "the rule of equitable and reasonable utilization rests on sound foundations and provides a basis for the duty of States to participate in the use and development and protection of an international watercourse in an equitable and reasonable manner".

37. This rule has now been widely accepted both for the navigational and the non-navigational uses of international watercourses. For a further implementation of the rule, Article 6 of the 1997 Convention enumerates

---

[1] In paragraph 2 of its commentary on Article 5, the ILC observes that this Article, although cast in terms of an obligation, also expresses the correlative entitlement.

> de l'utilisation équitable est admise, dans la grande majorité des cas, en tant que principe général et directeur du droit pour déterminer les droits et les obligations des Etats dans ce domaine» (par. 10).

33. Tant l'article 5 de la convention de 1997 que l'article IV des règles d'Helsinki prévoient apparemment une limitation territoriale en ce sens que les Etats du cours d'eau (dans les règles d'Helsinki, ce sont les «Etats du bassin») ont droit sur leur territoire à une part raisonnable et équitable des avantages que présente l'utilisation des eaux d'un cours d'eau international[1].

Les deux instruments rejettent clairement toutefois ce qu'on appelle la «doctrine Harmon» suivant laquelle l'Etat peut sans réserve revendiquer le droit d'utiliser les eaux d'un fleuve international traversant son territoire et en disposer à son gré.

D'après le commentaire relatif à l'article IV des règles d'Helsinki, cette doctrine Harmon n'a jamais été très largement adoptée par les Etats, a été rejetée par pratiquement tous ceux qui ont eu l'occasion de s'exprimer à ce sujet et le commentaire indique ensuite que tout Etat du bassin jouit de droits égaux en nature et correspondant à ceux de chaque Etat du même bassin.

34. D'après les engagements qu'elles ont contractés dans le communiqué de Kasane en date du 24 mai 1992 (voir le paragraphe 102 de l'arrêt), les Parties ont implicitement reconnu qu'à la hauteur de l'île de Kasikili/Sedudu, le fleuve Chobe fait partie d'un ensemble unitaire, indépendamment de l'emplacement exact de la frontière tel que la Cour le déterminera.

35. Le chenal sud ne devient pas brutalement une voie d'eau intérieure dès lors qu'il a été décidé que c'est le chenal nord qui est ou qui contient le «chenal principal» au sens du traité de 1890, même si ce chenal sud est intégralement en territoire botswanais. Le chenal sud continue de faire partie d'un système d'eaux de surface et d'eaux souterraines qui, du fait de leurs relations physiques, constituent un ensemble unitaire.

36. Quand elles s'occuperont à l'avenir des utilisations des eaux entourant l'île de Kasikili/Sedudu, les Parties devront s'inspirer des règles et des principes consacrés par la convention de 1997 ainsi que par les règles d'Helsinki. Elles ne devront pas oublier que, comme l'a dit la Commission du droit international, «la règle de l'utilisation équitable et raisonnable repose sur des fondements solides, et sert de base au devoir des Etats de participer de façon équitable et raisonnable à l'utilisation, à la mise en valeur et à la protection des cours d'eau internationaux».

37. Cette règle est désormais très largement acceptée pour les utilisations des cours d'eau internationaux, tant à des fins de navigation qu'à des fins autres que la navigation. En vue d'une plus large application de

---

[1] Au paragraphe 2 de son commentaire sur l'article 5 de la convention de 1997, la Commission du droit international fait observer que cet article est sans doute énoncé comme une obligation mais qu'il énonce aussi le droit correspondant.

in a non-exhaustive way the factors which are relevant to equitable and reasonable utilization.

38. It is clear that the use of the waters around Kasikili/Sedudu Island for tourist purposes has in the course of time become far more important from an economic point of view than the use of the Island itself, e.g., for cultivation purposes; this is also exemplified by the Kasane Communiqué. But even the present economic interest resulting from eco-tourism may be of a transient character. It would, therefore, be commendable if the Parties would place any further co-operation in a wider and more general framework. In this respect it may be recalled that in the Preamble to its 1961 Resolution the Institut de droit international observes that "in the utilization of waters of interest to several States, each of them can obtain, by consultation, by plans established in common and by reciprocal concessions, the advantages of a more rational exploitation of a natural resource".

(*Signed*) P. H. KOOIJMANS.

la règle, l'article 6 de la convention de 1997 énumère sous forme d'une liste non exhaustive les facteurs à tenir pour pertinents aux fins d'une utilisation équitable et raisonnable.

38. Il est clair que l'utilisation des eaux entourant l'île de Kasikili/Sedudu à des fins touristiques est devenue avec le temps beaucoup plus importante du point de vue économique que l'utilisation de l'île elle-même, par exemple à des fins agricoles; c'est aussi ce dont témoigne le communiqué de Kasane. Mais cet intérêt économique actuel qui procède de l'écotourisme peut lui-même être éphémère. Il serait par conséquent utile que les Parties situent toute coopération ultérieure dans un cadre plus large et plus général. Il y a lieu de rappeler à cet égard que, dans le préambule de sa résolution de 1961, l'Institut de droit international fait observer que, «dans l'utilisation des eaux intéressant plusieurs Etats, chacun d'eux peut obtenir, par des consultations, des plans établis en commun et des concessions réciproques, les avantages d'un aménagement plus rationnel d'une richesse naturelle».

(Signé) P. H. KOOIJMANS.

DISSENTING OPINION OF VICE-PRESIDENT WEERAMANTRY

Article 31 of Vienna Convention on the Law of Treaties — Meaning of terms "subsequent practice" and "agreement" in Article 31, paragraph 3 (b) *— Silence and non-protest as indicia of assent — "Common understanding" — Ambivalence of scientific criteria — Navigability as a criterion — The thalweg concept — Cartographic evidence — Equitable navigational use of boundary river — Conclusion regarding "main channel" or* "Thalweg des Hauptlaufes" *in 1890 Treaty.*

Boundary delimitation involving dismantling or division of ecologically or culturally integral unit — Biodiversity Convention — Scope for equity in boundary delimitation — "Spheres of influence" treaties distinguished from boundary treaties — Joint international régimes — Need for international law to be responsive to environmental concerns.

TABLE OF CONTENTS

Page

PART A

Introduction 1156
General approach to questions of interpretation arising in this case 1157
Article 31 of the Vienna Convention 1158
Indicia of occupation 1163
The significance of Masubian use and occupation 1164

Contemporaneous understanding of the Treaty as evidenced by the conduct of the Parties 1165
Evidence of common understanding 1165
Suggested contrary factors 1167
- *(a)* The Eason Report, 1912 1167
- *(b)* The Trollope-Dickinson arrangement, 1951 1167
- *(c)* The 1984-1986 discussions resulting from the shooting incident of 24 October 1984 1168

Ambivalence of other criteria 1170
Navigability as a criterion for interpreting "main channel" 1170

OPINION DISSIDENTE DE M. WEERAMANTRY, VICE-PRESIDENT

[Traduction]

L'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités — Le sens de l'expression «pratique ultérieurement suivie» et du terme «accord» figurant au paragraphe 3 b) *de l'article 31 — Le silence et l'absence de protestation pris pour signes de consentement — L'entente en matière d'interprétation* (Common understanding) *— L'ambivalence des critères scientifiques — La navigabilité en tant que critère — Le concept de thalweg — Les preuves cartographiques — L'utilisation équitable d'un fleuve frontalier aux fins de la navigation — Conclusion au sujet du «chenal principal» ou «*Thalweg des Hauptlaufes*» dans le traité de 1890.*

Quand la délimitation de la frontière impose de démanteler ou de diviser un ensemble intégré sur le plan écologique ou culturel — La convention sur la biodiversité — La place de l'équité dans les délimitations frontalières — La distinction à opérer entre les traités définissant des «sphères d'influence» et les traités frontaliers — Les régimes internationaux conjoints — Le droit international doit tenir compte des préoccupations environnementales.

TABLE DES MATIÈRES

Page

PARTIE A

- Introduction 1156
- Les questions d'interprétation en l'espèce: conception générale 1157
- L'article 31 de la convention de Vienne 1158
- Les signes d'occupation 1163
- L'importance de l'utilisation et de l'occupation de l'île par les Masubia 1164
- Comment les contemporains interprètent le traité ainsi que le montre la conduite des Parties 1165
- Preuves de l'entente *(common understanding)* 1165
- Les thèses contraires 1167
  - *a)* Le rapport Eason, 1912 1167
  - *b)* L'arrangement Trollope-Dickinson, 1951 1167
  - *c)* Les discussions de 1984-1986 à la suite de l'incident du 24 octobre 1984 où des coups de feu ont été tirés 1168
- L'ambivalence des autres critères 1170
- La navigabilité en tant que critère d'interprétation du «chenal principal» 1170

The thalweg concept 1172
  (a) Applicability of the concept 1172
  (b) Implications of the concept 1173
The scientific evidence 1175
Cartographic evidence 1175
Equitable navigational use of boundary rivers 1177

Conclusion regarding the "main channel" 1178

PART B

Introduction 1179
1. Judicial responses to a boundary delimitation which involves dismantling or dividing an ecologically or culturally integral unit 1181
2. The scope for equity in boundary delimitation 1184
3. Treaties dealing with spheres of influence distinguished from treaties dealing with State boundaries 1185
4. Joint international régimes 1188
Conclusion 1194

La notion de thalweg 1172

- *a)* Applicabilité de la notion 1172
- *b)* Incidences de la notion 1173

Les éléments de preuve scientifiques 1175

Les éléments de preuve cartographiques 1175

L'utilisation équitable des fleuves frontières aux fins de la navigation 1177

Conclusion concernant «le chenal principal» 1178

PARTIE B

Introduction 1179

1. Les réponses du juge à une délimitation de la frontière qui impose de démanteler ou de diviser un ensemble intégré sur le plan écologique ou culturel 1181
2. La place de l'équité dans la délimitation d'une frontière 1184
3. La distinction à opérer entre les traités définissant des sphères d'influence et les traités établissant des frontières étatiques 1185
4. Les régimes internationaux conjoints 1188

Conclusion 1194

1. The Court has analysed and assessed with great care the vast amount of historical and diplomatic information placed before it. Upon a detailed consideration of all this material, the Court has arrived at the conclusion that the northern channel of the River Chobe constitutes the international boundary between Botswana and Namibia, in terms of Article III (2) of the 1890 Treaty between Germany and Great Britain.

2. A cardinal feature in this complex of information is the long continued Masubian use and occupation of Kasikili/Sedudu Island from a period prior to the 1890 Treaty for upwards of half a century thereafter. Namibia uses this information for two distinct purposes. It argues that the conduct of both administrations in reference to this use and occupation corroborates its interpretation that Article III (2) of the Treaty refers to the southern channel[1]. It also argues that such use and occupation establishes an entirely independent Namibian prescriptive claim to sovereignty over the Island[2].

The entirety of this opinion concentrates on the first of these Namibian bases of claim.

3. On the central question of the legal significance of this use and occupation, I incline to a somewhat different approach to that adopted by the Court. This leads me to a different conclusion regarding the international boundary.

My reasons for concluding that the southern channel constitutes the international boundary are set out in Part A of this opinion.

4. Part B of this opinion deals with a different set of concerns.

Since my finding places Kasikili/Sedudu Island within the territory of Namibia, while the Chobe Game Park to the south falls within the territory of Botswana, it positions within two territorial jurisdictions what is essentially a single wildlife sanctuary — a sanctuary, moreover, which is one of the most prized wildlife habitats in southern Africa.

5. The Island is frequented, as far as one can gather from the pleadings, by a rich variety of wildlife. Elephant, hippopotamus, buffalo, lechwe, rhinoceros, giraffe, eland, baboon, lion, zebra, leopard, and fish eagle either frequent the Island or visit it from time to time. As the Island, together with the Chobe Game Park to the south, forms the natural habitat of this wildlife, my conclusion that the Island falls within the territorial jurisdiction of Namibia necessitates a consideration of the environmental principles drawn in by such a finding, without which this opinion would be incomplete. One of these is the principle of joint

---

[1] Memorial of Namibia, p. 10, para. 32.

[2] *Ibid.*, para. 33.

1. La Cour a analysé et évalué avec beaucoup de soin la masse de renseignements historiques et diplomatiques qui lui a été présentée. A la suite d'un examen approfondi de tous ces éléments, la Cour est parvenue à la conclusion que le chenal nord du fleuve Chobe constitue la frontière internationale entre le Botswana et la Namibie suivant les dispositions du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890 conclu entre l'Allemagne et la Grande-Bretagne.

2. Un élément fondamental de cette masse d'informations est que les Masubia ont longtemps, sans solution de continuité, utilisé et occupé l'île de Kasikili/Sedudu depuis une date antérieure au traité de 1890 et pendant plus d'un demi-siècle ensuite. La Namibie se sert de cette information à deux fins différentes. Elle soutient que le comportement des deux administrations par rapport à cette utilisation et cette occupation de l'île corrobore son interprétation du traité qui est que le paragraphe 2 de l'article III vise le chenal sud[1]. La Namibie soutient également que cette utilisation et cette occupation lui confèrent sur l'île un titre totalement indépendant en vertu de la prescription acquisitive[2].

La présente opinion porte entièrement sur la première de ces deux thèses namibiennes.

3. Sur cette question centrale du poids juridique à attribuer à cette utilisation et occupation de l'île, je suis tenté d'adopter une approche un peu différente de celle que la Cour a retenue. J'aboutis donc à une autre conclusion en ce qui concerne la frontière internationale.

On trouvera dans la partie A de la présente opinion les motifs pour lesquels je conclus que c'est le chenal sud qui constitue cette frontière internationale.

4. Dans la partie B, j'aborde une autre série de problèmes.

Comme j'aboutis à la conclusion que l'île de Kasikili/Sedudu est située sur le territoire de la Namibie tandis que le parc animalier du Chobe, au sud, appartient au territoire du Botswana, ce sont deux juridictions territoriales dont relève par conséquent ce qui constitue finalement une seule et même réserve animalière, une réserve, faut-il ajouter, qui est l'une des plus précieuses d'Afrique australe précisément en raison de ses richesses animalières.

5. L'île est en effet fréquentée, si l'on en croit les pièces du dossier, par de multiples espèces d'animaux sauvages: on y trouve souvent ou de temps à autre des éléphants, des hippopotames, des buffles, des «lechwe», des rhinocéros, des girafes, des élans, des babouins, des lions, des zèbres, des léopards et des aigles pêcheurs. Comme l'île et le parc animalier du Chobe au sud constituent l'habitat naturel de cette faune, la conclusion à laquelle j'aboutis, qui est que l'île relève de la juridiction territoriale de la Namibie, impose d'examiner les principes environnementaux que cette conclusion met en jeu et sans lesquels la présente opinion ne serait pas

---

[1] Mémoire de la Namibie, p. 10, par. 32.

[2] *Ibid.*, par. 33.

régimes, a matter peripherally involved in the Court's stipulation of equal access to the navigational use of the river. However, my finding necessitates a more detailed examination of this concept, which the Court has so far-sightedly incorporated in its Judgment.

6. Thus, on the one hand, this case transports us back to the age of empire-building in Africa, and requires us to re-enter the time frame of that era in order to understand what Britain and Germany had really agreed upon when dividing the relevant African territories between them. On the other hand, it raises issues which project us into a vital new area of international law, the rapid development of which will be a feature of the international law of the future.

PART A

Introduction

7. This case turns upon the interpretation of Article III (2) of the 1890 Treaty between Germany and Great Britain. The sphere in which the exercise of influence is reserved to Germany is described as bounded by a line which runs eastward along the 18th parallel of south latitude "till it reaches the river Chobe, and descends the *centre of the main channel* of that river to the junction of the Zambezi" (emphasis added). The German version of the Treaty uses the term "*Thalweg des Hauptlaufes*" for the English words italicized.

8. Problems arise in this case because of the bifurcation of the River Chobe into two channels which run to the south and the north of the disputed Island and reunite thereafter. The legal ownership of the Island would depend on whether the northern or southern channel is considered to be the main channel. If the northern channel is the main channel, the Island would fall within the territorial jurisdiction of Botswana, while a determination that it is the southern channel would bring it within the jurisdiction of Namibia.

A central question therefore is the interpretation of the italicized English and the corresponding German expressions. Are they synonymous and, if they have different connotations, how does one interpret this clause?

9. I am inclined to the view that the German terms were intended to be synonymous with the English expression "centre of the main channel". Yet, the German word "thalweg" often carries additional technical connotations as well. However, whether one reads the two expressions as synonymous or whether one gives the word "thalweg" a different and special connotation, it seems to me, for reasons which will be amplified later, that they point in the direction of the southern channel being the boundary indicated by the Treaty.

complète. Au nombre de ces principes figure celui du régime conjoint d'exploitation, question que la Cour évoque de façon très lointaine quand elle prescrit l'égalité d'accès au fleuve à des fins de navigation. Ma conclusion exige toutefois d'étudier plus avant cette notion que la Cour a eu la perspicacité d'intégrer à son arrêt.

6. On voit donc que, d'un côté, cette affaire nous ramène à l'époque de la constitution des empires coloniaux en Afrique, et nous impose de revivre l'époque pour comprendre ce que la Grande-Bretagne et l'Allemagne ont véritablement voulu quand elles se sont partagé d'un commun accord les territoires africains dont il s'agit. D'un autre côté, l'affaire soulève des questions qui nous projettent dans un domaine capital du droit international qui est totalement nouveau et dont le développement rapide va profondément marquer le droit international de l'avenir.

PARTIE A

Introduction

7. L'affaire repose sur l'interprétation du paragraphe 2 de l'article III du traité conclu en 1890 par l'Allemagne et la Grande-Bretagne. La sphère d'influence réservée à l'Allemagne est dite délimitée, à l'est, par une ligne qui suit le 18^e parallèle de latitude sud «jusqu'au Chobe et suit *le centre du chenal principal* de ce fleuve jusqu'à son confluent avec le Zambèze» (les italiques sont de moi). La version allemande du traité utilise, pour les termes que je mets en italique, l'expression «*Thalweg des Hauptlaufes*».

8. Les problèmes qui se posent en l'espèce tiennent au fait que le fleuve Chobe bifurque en deux chenaux qui passent au sud et au nord de l'île contestée et convergent à nouveau ensuite. Juridiquement, la propriété de l'île est tributaire de la réponse à la question de savoir si c'est le chenal nord ou le chenal sud qui est considéré comme le chenal principal. Si c'est le chenal nord, l'île relèvera de la juridiction territoriale du Botswana, mais se prononcer en faveur du chenal sud reviendra à la soumettre à la juridiction de la Namibie.

Il se pose donc une question centrale au sujet de l'interprétation de la formule citée en italique et de l'expression allemande correspondante. Les deux textes sont-ils synonymes et, si la connotation est différente, comment faut-il interpréter la disposition?

9. J'estimerais volontiers que les termes allemands en question étaient censés être synonymes de l'expression «centre du chenal principal». Pourtant, le terme allemand «thalweg» est souvent assorti de nuances techniques également. Toutefois, que l'on prenne les deux expressions pour synonymes ou bien que l'on donne une connotation autre et particulière au mot «thalweg», il me paraît, pour des motifs que je développerai plus loin, que les deux formules feraient du chenal sud la frontière désignée par le traité.

10. Since the terms used are not so explicit as to point definitively to one or the other channel of the river, it becomes necessary to derive assistance from such aids to interpretation as are permitted by the law relating to treaties. Inasmuch as the cardinal question involved is how the boundary was understood by the parties or their agents in the context of the period of the Treaty, i.e., 1890 and the years immediately succeeding, there is invaluable assistance to be derived from the way in which the authorities on both sides regarded the regular Masubian crossings of the northern channel. These movements occurred regularly for over 50 years after the Treaty, without the faintest suggestion from either side that they involved the crossing of an international boundary.

11. After outlining the relevant rules of treaty interpretation and the legal significance, in that context, of the Masubian use and occupation of the Island, I shall consider the implications of the phrases used in the Treaty, and the ambivalence of the other criteria that have been suggested for determining what is the main channel.

General Approach to Questions of Interpretation Arising in This Case

12. The first stage of any exercise in treaty interpretation is to interpret the words according to their ordinary meaning. Even at this initial stage, the task is complicated by the fact that the expressions used may carry a legal meaning and a scientific meaning as well. The normal rule of interpretation of documents that words are to be interpreted according to their ordinary meaning is naturally modified if those words also bear a technical meaning in the context in which they are used.

13. This case presents a classic instance of what the law relating to treaties would class as a situation where the ordinary or indeed the legal and scientific meaning of the words used leaves one in considerable doubt as to the correct interpretation. Either interpretation — that which regards the northern channel as the main channel or that which regards the southern channel as the main channel — can be supported by a wealth of scientific and circumstantial data, based upon different criteria such as breadth, depth and volume, which have no necessary ranking order among them. While not discounting the high scientific and technical expertise of the experts who have been called before the Court by both Parties, it is necessary to note that there is a limit to the assistance they can give in the determination of the question which is the main channel of the Chobe River.

14. Since the matter thus remains unclear, another basic rule of interpretation is called into play, permitting a court to look further into the way in which the parties or their agents in fact acted upon the document. Parties know best in what sense they used any particular words and, espe-

10. Comme le vocabulaire utilisé n'est pas explicite au point de désigner de façon déterminante l'un ou l'autre chenal du fleuve, il devient indispensable de faire appel aux auxiliaires de l'interprétation qu'autorise le droit des traités. Comme la question fondamentale à laquelle il faut répondre est de savoir quelle idée les parties ou leurs agents se faisaient de la frontière pendant la période du traité, c'est-à-dire 1890 et les années qui ont immédiatement suivi, il est extrêmement utile de chercher à savoir comment les autorités, des deux côtés, considéraient le fait que les Masubia traversaient constamment le chenal nord. Et ces traversées se sont répétées pendant plus de cinquante ans après la signature du traité sans qu'aucune des parties ne cherche le moins du monde à dire que cela revenait à franchir une frontière internationale.

11. Après avoir évoqué rapidement les règles pertinentes de l'interprétation des traités et l'importance juridique que revêtent dans ce contexte l'utilisation et l'occupation de l'île par les Masubia, je verrai quelles incidences il faut accorder aux formules du traité et quelle est l'ambivalence des autres critères que l'on a suggéré d'utiliser pour savoir quel est le chenal principal.

Les questions d'interprétation en l'espèce: conception générale

12. Dans toute opération d'interprétation de traité, la première étape consiste à interpréter les termes suivant leur sens ordinaire. Mais même lors de cette première phase, la tâche est rendue plus compliquée par le fait que les expressions utilisées revêtent peut-être aussi un sens juridique et un sens scientifique. La règle normale à appliquer à l'interprétation de documents, qui est que les termes doivent être interprétés suivant leur sens ordinaire, est évidemment infléchie si ces termes revêtent aussi un sens technique dans le contexte dans lequel ils sont utilisés.

13. La présente instance est un exemple classique de ce que le droit des traités classerait parmi les situations où le sens ordinaire des termes utilisés, voire leur sens juridique et scientifique, crée une très grande incertitude quant à ce qui constitue la bonne interprétation. Chacune des interprétations possibles — celle suivant laquelle le chenal nord est le chenal principal ou bien celle suivant laquelle le chenal sud est le chenal principal — peut être étayée par une masse d'indications scientifiques ou liées aux circonstances, reposant sur différents critères, la largeur du fleuve, sa profondeur, son débit, qu'il n'y a pas nécessairement lieu de ranger suivant un certain ordre. S'il ne faut pas écarter les vastes compétences scientifiques et techniques des experts que les deux Parties ont fait déposer devant la Cour, il faut bien admettre que l'aide qu'ils peuvent nous apporter au moment où il nous faut répondre à la question de savoir quel chenal est le chenal principal du Chobe est limitée.

14. Comme la question demeure par conséquent obscure, on fait alors appel à une autre règle fondamentale de l'interprétation, qui autorise le juge à examiner comment les parties ou leurs agents ont concrètement donné suite au document. Ce sont les parties qui savent le mieux dans

cially in the case of an old or ancient document, this helps the modern interpreter considerably.

15. In this opinion, I shall place particular emphasis on this approach, as the words used are capable of more than one construction, whether viewed according to the ordinary meaning of the words used, or according to their legal or technical meaning. Since the document we are considering is over a hundred years old, the way in which the document was understood at the time is clearly a powerful aid to its interpretation.

16. In determining this rather obscure question so long after the date of the Treaty, it must be acknowledged that the meaning we are searching for must have been much more apparent to those dealing with it closer to the time. Who better than they would know which of the two channels was considered at the time of the Treaty to be the main channel?

17. I am not, in this context, directing my attention to Namibia's alternative claim of prescriptive occupation of Kasikili/Sedudu Island, in the years immediately following the Treaty. I am here concerned, rather, with determining what would be a reasonable construction of the ambiguous expression "main channel", having regard to the conduct of those who were closest in time to the Treaty. In the crucial period immediately following the Treaty, how was it acted upon by those who were closest not only in time, but also in fact, to its practical operation?

It is apparent that there could not have been an implementation of the terms of the Treaty in the period immediately following the Treaty, in a manner which ran contrary to the sense of the two administrations as to what the Treaty meant.

18. I may add that contemporaneous conduct in relation to the Treaty is especially important in this case in the light of the fact that observations regarding the various qualities of the river — whether they be breadth or depth or volume of flow — can vary considerably over a period of a hundred years, and could depend very much on the time of observation, be it the wet season, the dry season or any other. The sense in which the Treaty was understood contemporaneously is the best index to what was actually intended, and any search for clarification of the terms used must focus intensely on this aspect.

Article 31 of the Vienna Convention

19. This brings me to a consideration of Article 31, paragraph 3 *(b)*, of the Vienna Convention, which has been the subject of detailed written and oral submissions by both Parties. Namibia has contended that it refers to "any subsequent practice . . . which establishes the *understand-*

quel sens elles ont pris tel ou tel mot et, tout particulièrement s'il s'agit d'un document ancien ou très ancien, cela aide considérablement l'interprète moderne.

15. Je vais dans la présente opinion recourir tout particulièrement à cette approche, car les termes utilisés se prêtent à plus d'une interprétation selon qu'on leur attribue leur sens ordinaire ou bien leur sens juridique ou technique. Comme l'instrument que nous examinons a plus de cent ans, il est manifestement d'une utilité considérable aux fins de son interprétation de savoir comment il a été compris à l'époque.

16. Pour pouvoir répondre à cette question demeurant assez obscure si longtemps après la date de la conclusion du traité, il faut bien admettre que le sens que nous voulons préciser doit avoir été beaucoup plus clair pour ceux qui s'intéressaient à cette question à une époque moins éloignée du traité. Personne n'est mieux placé pour savoir lequel des deux chenaux était considéré à l'époque du traité comme le chenal principal.

17. Dans ce contexte, je ne m'intéresse pas à la prétention subsidiaire de la Namibie à la souveraineté sur l'île de Kasikili/Sedudu sous l'effet d'une occupation prescriptive dans les années qui suivent immédiatement la conclusion du traité. Je cherche plutôt à établir ce qui pourrait être une interprétation raisonnable de l'expression ambiguë «chenal principal», compte tenu de la conduite de ceux qui ont été, dans le temps, les plus proches de la date de la conclusion du traité. La question que je pose est la suivante: dans la période cruciale qui suit immédiatement la conclusion du traité, quelle suite lui ont donnée ceux qui en étaient les plus proches non seulement dans le temps mais aussi concrètement, du point de vue de sa mise en œuvre pratique?

Il est clair qu'il était impossible de mettre en œuvre les dispositions du traité pendant la période immédiatement postérieure à sa conclusion d'une façon qui eût été contraire au sens que les deux administrations en cause attribuaient au traité lui-même.

18. J'ajouterai que la conduite adoptée par les contemporains à l'égard du traité revêt d'autant plus d'importance en l'espèce que les observations concernant les diverses qualités du fleuve — largeur, profondeur, débit — peuvent donner des chiffres très variables sur une période d'une centaine d'années, et varier aussi beaucoup suivant le moment où l'observation est relevée, selon qu'il s'agit de la saison des pluies, de la saison sèche, etc. Le sens attribué au traité par les contemporains fournit la meilleure indication de l'intention réelle des auteurs du traité et, dès que l'on cherche à en préciser les termes, on doit se pencher de très près sur cet aspect des choses.

L'article 31 de la convention de Vienne

19. Les considérations ci-dessus m'amènent donc à examiner le paragraphe 3 *b)* de l'article 31 de la convention de Vienne au sujet duquel les Parties ont présenté l'une et l'autre des conclusions, à la fois dans leurs écritures et dans leurs plaidoiries. La Namibie soutient que cette disposi-

ing of the parties regarding its interpretation"[3], and that it therefore extends to conduct that takes the form of silence or inaction.

20. Botswana has resisted this contention[4], arguing that the Court should be cautious in the face of this suggestion, and that the meaning of the word "agreement" should not be thus watered down. Botswana has also argued that:

> "In the present case the whole point is that the acts alleged to constitute relevant acts of jurisdiction by Namibia are intended to constitute an independent source of title, that is, on the basis of prescription."[5]

21. This submission does not accord with the submission of Namibia that it was relying upon this evidence for a twofold purpose. The establishment of prescriptive title through this evidence was only one of them.

The other, on which I concentrate in this opinion, was the question whether the silence or inaction of Botswana and its predecessors, in the face of regular use and occupation of the Island by the Masubian people, is evidence of an understanding of the Parties that the boundary referred to in the Treaty was the southern and not the northern channel.

22. Since the question before us is what the main channel was considered to be over a century ago, and since modern scientific evidence was not available then, one must turn to contemporaneous indicia. People living in the vicinity of the river, as well as those who had administrative authority over the area, would have had a far better understanding as to which was considered to be the main channel for practical purposes. The conduct of colonial officials, in particular, in relation to matters involving the boundary, would give us a valuable insight into the contemporaneous view as to which channel constituted the boundary. Here is a practical indicator of the Parties' understanding of the Treaty, which cannot be discounted or ignored. Indeed, it would seem strange, if not unrealistic, to give to the Treaty a meaning which does not accord with the contemporaneous understanding of the Treaty by the very officials who were called upon to administer it.

23. I accept Namibia's submission that the word "agreement" in Article 31, paragraph 3 *(b)*, of the Vienna Convention can be read in the sense of "understanding", and can therefore cover silence and inaction as

---

[3] Memorial of Namibia, Vol. I, p. 65, para. 177 (emphasis supplied).

[4] Counter-Memorial of Botswana, Vol. I, p. 84, para. 238.

[5] CR 99/13, p. 57.

tion vise «toute pratique ultérieurement suivie ... par laquelle est établi l'accord *(understanding)* des parties à l'égard de l'interprétation du traité»[3] et que cette pratique ultérieure s'étend par conséquent au silence ou à l'inaction.

20. Le Botswana s'est opposé à cette thèse[4], soutenant que la Cour devrait user de prudence à l'égard de cette suggestion et qu'il ne faudrait pas de cette manière diluer le sens du terme «accord» *(«agreement»)*. Le Botswana dit en outre:

> «En l'espèce, l'important est que les actes censés constituer des actes pertinents de juridiction par la Namibie devraient constituer une source indépendante de souveraineté, fondée par conséquent sur la prescription.»[5]

21. Cette conclusion ne correspond pas avec celle de la Namibie qui dit s'appuyer sur ces moyens de preuve à une double fin. Etablir un titre de souveraineté par prescription grâce à ces éléments de preuve ne constituait que l'une de ces fins.

La seconde de ces fins, à laquelle je consacre l'essentiel de la présente opinion, est la question de savoir si le silence ou l'inaction du Botswana et de ses prédécesseurs face à une utilisation et une occupation régulière de l'île par les Masubia donne la preuve que les Parties étaient d'accord pour situer la frontière visée dans le traité dans le chenal sud et non pas dans le chenal nord.

22. Comme la question à laquelle nous devons répondre consiste à savoir où l'on situait le chenal principal il y a plus d'un siècle et que l'on ne disposait pas alors de moyens de preuve scientifiques modernes, nous devons nous en remettre à des indications de l'époque contemporaine. Les habitants des localités situées au voisinage du fleuve ainsi que les personnes chargées d'administrer la zone comprenaient normalement beaucoup mieux, à toutes fins pratiques, quel chenal était censé représenter le chenal principal. La conduite des fonctionnaires coloniaux, en particulier, à l'égard des questions ayant trait à la frontière, devrait nous donner des indications précieuses quant à ce que les contemporains estimaient être le chenal constituant la frontière. Il s'agit là d'une indication concrète de la façon dont les Parties comprenaient le traité, indication qu'il est impossible d'écarter ou d'ignorer. Il paraîtrait d'ailleurs étrange, sinon irréaliste, de donner au traité un sens qui ne soit pas compatible avec la façon dont le traité était interprété à l'époque par les fonctionnaires mêmes qui étaient chargés de l'appliquer.

23. J'accepte la conclusion de la Namibie quand celle-ci dit que le terme «accord» *(«agreement»)* figurant au paragraphe 3 *b)* de l'article 31 de la convention de Vienne peut être lu au sens d'«entente» *(«under-*

---

[3] Mémoire de la Namibie, vol. I, p. 65, par. 177; les italiques sont de moi.

[4] Contre-mémoire du Botswana, vol. I, p. 84, par. 238.

[5] CR 99/13, p. 57.

well. This view derives support not only from the general law relating to the interpretation of documents, but also from the *travaux préparatoires* of the Convention[6]. In paragraph 49 of its Judgment, the Court likewise gives its support to the view that the Parties' understanding of the Treaty is the basis for the importance of subsequent practice.

24. The substitution of the word "agreement" for the word "understanding", which was contained even in the International Law Commission's penultimate draft, occurred in the context of bringing the English text into line with the French, Russian and Spanish texts[7]. The word "agreement" in the Convention bears a meaning analogous to the French and Spanish *"accord"* or *"acuerdo"*, respectively, and does not therefore rule out an understanding which may not be couched in the form of a verbal agreement[8]. In the words of Sir Humphrey Waldock:

> "The word 'understanding' was chosen by the Commission instead of 'agreement' expressly in order to indicate that the assent of a party to the interpretation may be inferred from its reaction or absence of reaction to the practice."[9]

The French and Spanish versions used the words "accord" and "acuerdo", which themselves do not necessarily bear the meaning of an agreement expressly made in so many words[10]. The word "agreement" in Article 31, paragraph 3 *(b)*, of the Convention must not therefore be interpreted to be restricted to a verbal agreement. It could include an understanding manifested by conduct.

25. What has to be taken into account together with the context is "any subsequent practice in the application of the treaty establishing the

---

[6] See the remarks of the Special Rapporteur, in discussing the comments by governments on the ILC Draft, 1964, that the ILC intended that evidence of subsequent practice indicating a "common understanding" should be taken as an "authentic interpretation comparable to an interpretative agreement" (*The Vienna Convention on the Law of Treaties, Travaux Préparatoires*, Dietrich Rauschning, ed., 1978, p. 247, para. 18).

[7] See *United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, 26 March-24 May, 1968*, 1969, p. 442, para. 29.

[8] Indeed, English speaking delegations appeared content with the word "understanding". Thus Australia and the United States had introduced an amendment which, while retaining the words "understanding", sought to introduce the word "common" before it (*United Nations Conference on the Law of Treaties, supra*, p. 442, para. 32).

[9] H. Waldock, doc. A/CN.4/186 and Add.1-7, "Sixth Report on the Law of Treaties", 2 *International Law Com.* (1966), p. 99.

[10] See *Le Grand Robert de la Langue Française*, 1992, defining "accord" as "État qui résulte d'une conformité ou d'une communauté de sentiments, de pensées, de volontés"; Maria Moliner, *Diccionario de uso del español*, 1988, defining "acuerdo" as "conformidad de pareceres entre dos o más personas".

standing») et peut par conséquent couvrir également le silence et l'inaction. L'idée est confortée non seulement par le droit général de l'interprétation de documents mais également par les travaux préparatoires de la convention[6]. Au paragraphe 49 de son arrêt, la Cour, de même, souscrit à l'idée que l'accord des Parties sur le sens du traité explique pourquoi la pratique ultérieure a tant d'importance.

24. Le terme «agreement» a été substitué au terme «understanding» qui figurait même encore dans l'avant-dernier projet de la Commission du droit international, avec le souci d'aligner le texte anglais sur les textes français, russe et espagnol[7]. Dans la convention, le terme anglais «agreement» a un sens analogue à celui du terme français «accord» ou du terme espagnol «acuerdo», et n'exclut par conséquent pas une entente *(understanding)* qui ne prendrait pas nécessairement la forme d'un accord verbal[8]. Comme l'a dit sir Humphrey Waldock:

> «La Commission a intentionnellement employé le mot «understanding» (entente) au lieu du mot «agreement» (accord) pour indiquer que l'assentiment d'une partie à l'interprétation d'un traité peut être déduit de la réaction ou de l'absence de réaction de cette partie à l'égard de la pratique.»[9]

Dans les versions française et espagnole figuraient les mots «accord» et «acuerdo», qui, en soi, n'ont pas nécessairement le sens d'un accord *(agreement)* formellement exprimé comme tel[10]. Il ne faut donc pas interpréter le terme «agreement» figurant au paragraphe 3 *b)* de l'article 31 de la convention comme étant limité à un accord verbal. Le terme peut s'étendre à une entente *(understanding)* se manifestant par un comportement.

25. Ce dont il faut tenir compte dans le contexte, c'est de «toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi

---

[6] Voir ce que dit le rapporteur spécial quand il étudie les observations des gouvernements sur le projet de la Commission du droit international, en 1964: la CDI voulait que la pratique ultérieurement suivie manifestant une «entente commune» *(«common understanding»)* représente «une interprétation authentique comparable à un accord interprétatif» (*The Vienna Convention on the Law of Treaties*, travaux préparatoires, Dietrich Rauschning, dir. de publ., 1978, p. 247, par. 18).

[7] Voir *Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session*, 26 mars-24 mai 1968, 1969, p. 480, par. 29.

[8] D'ailleurs, les délégations anglophones se satisfaisaient du terme «understanding». C'est ainsi que l'Australie et les Etats-Unis avaient présenté un amendement qui, tout en conservant le terme «understanding» visait à le faire précéder du terme «common» (*Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur le droit des traités, supra*, p. 481, par. 32).

[9] H. Waldock, doc. A/CN.4/186 et Add. 1-7, «Sixième rapport sur le droit des traités», *Annuaire de la Commission du droit international*, 1966, vol. II, p. 107.

[10] Voir *Le Grand Robert de la langue française*, 1992, qui définit l'«accord» comme l'«état qui résulte d'une conformité ou d'une communauté de sentiments, de pensées, de volontés»; Maria Moliner, *Diccionario de uso del español*, 1988, définit l'*«acuerdo»* comme une *«conformidad de pareceres entre dos o más personas»*.

understanding of the parties regarding its interpretation"[11]. I refer also to the *Beagle Channel* Arbitration where the Court of Arbitration observed:

> "The Court cannot accept the contention that no subsequent conduct, including acts of jurisdiction, can have probative value as a subsidiary method of interpretation unless representing a formally stated or acknowledged 'agreement' between the parties. The terms of the Vienna Convention do not specify the ways in which 'agreement' may be manifested."[12]

The ample jurisprudence of this Court relating to subsequent practice[13] also shows that "the way in which the parties have actually conducted themselves in relation to the treaty affords legitimate evidence as to its correct interpretation"[14].

26. For the purposes of the case before us, the words "any subsequent agreement" seem to me to refer to any consensus or common understanding in regard to how the words in question are to be viewed. The word "agreement" here is not restricted to a subsequent agreement in the sense of a fresh verbal *agreement* superimposed upon the original. It also embraces a *consensus* or *common understanding*, as shown by conduct, regarding its interpretation or application. Such conduct can take the form of action or inaction, affirmation or silence. I uphold the Namibian contention in this regard, and do not think it waters down the meaning of the term "agreement", as Botswana contends.

27. In other words, what we are looking at is not a variation of the Treaty by another *agreement*, but a consensus or common understanding between the Parties (as manifested by conduct, which may include action or inaction) as to how the words of the Treaty were interpreted and acted upon. In the words of Sir Gerald Fitzmaurice:

> "conduct usually forms a more reliable guide to intention and purpose than anything to be found for instance in the preparatory work

---

[11] Ian M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1973, p. 71 (emphasis added).

[12] Case concerning a dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel (1977), United Nations, *Reports of International Arbitral Awards*, Vol. XXI, p. 187, para. 169.

[13] See, for example, *Corfu Channel, I.C.J. Reports 1949*, p. 25; *Temple of Preah Vihear, I.C.J. Reports 1962*, pp. 33-35; *South West Africa, I.C.J. Reports 1971*, p. 22; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, I.C.J. Reports 1984*, pp. 408-413.

[14] Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. I, 1986, p. 357.

l'accord *(understanding)* des parties à l'égard de l'interprétation du traité»[11]. J'évoquerai aussi l'arbitrage relatif au canal de Beagle à l'occasion duquel le tribunal d'arbitrage a fait observer ceci:

> «Le tribunal ne peut pas accepter la thèse suivant laquelle la conduite ultérieure, y compris des actes de juridiction, ne peut avoir de valeur probante en tant que moyen subsidiaire d'interprétation à moins de représenter un «accord» *(«agreement»)* formellement prononcé ou reconnu par les parties. Les dispositions de la convention de Vienne ne précisent pas les modalités suivant lesquelles l'accord *(agreement)* peut se manifester.»[12] *[Traduction du Greffe.]*

L'abondante jurisprudence de la Cour actuelle au sujet de la pratique ultérieure[13] montre également que «la façon dont les parties se sont comportées dans la pratique par rapport au traité donne des preuves légitimes de la bonne interprétation qu'il faut lui donner»[14] *[traduction du Greffe].*

26. Aux fins de la présente instance, les termes «tout accord ultérieur» visent, me semble-t-il, tout consensus ou entente (*«common understanding»*) sur la façon dont il faut considérer les termes en question. Le terme «accord» *(«agreement»)* n'est pas limité ici à un accord ultérieur au sens d'un nouvel *agreement* verbal qui se surimposerait à l'accord initial. Il peut s'agir aussi d'un consensus *(consensus)* ou d'une entente *(common understanding)*, se manifestant par la conduite, portant sur l'interprétation ou l'application du traité. Cette conduite peut prendre la forme de l'action ou de l'inaction, d'une affirmation ou du silence. Je souscris à la thèse de la Namibie à ce sujet et je ne pense pas qu'elle dilue le sens du terme «accord» *(«agreement»)* comme le soutient le Botswana.

27. Autrement dit, nous sommes en présence non pas d'une variante du traité établie par un autre accord *(agreement)*, mais d'un consensus ou d'une entente *(common understanding)* entre les Parties (se manifestant par la conduite, laquelle s'étend à l'action ou à l'inaction) sur la façon dont les termes utilisés dans le traité ont été interprétés et ont reçu une suite concrète. Comme le dit sir Gerald Fitzmaurice:

> «la conduite constitue généralement une indication plus fiable quant aux intentions et au but que tout ce que l'on pourra trouver, par

---

[11] Ian M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 1973, p. 71; les italiques sont de moi.

[12] Affaire concernant un différend entre l'Argentine et le Chili au sujet du canal de Beagle (1977), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, p. 187, par. 169.

[13] Voir, par exemple, *Détroit de Corfou, C.I.J. Recueil 1949*, p. 25; *Temple de Préah Vihéar, C.I.J. Recueil 1962*, p. 33-35; *Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1971*, p. 22; *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, C.I.J. Recueil 1984*, p. 408-413.

[14] Sir Gerald Fitzmaurice, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. I, 1986, p. 357.

> of the treaty, simply because it has taken concrete and active, and not merely verbal or paper, form"[15].

Further, "there is no doubt about the standing of [this] principle, as an independent principle, which, in a proper case, *it may be not only legitimate but necessary to make use of*"[16].

This approach does not involve an attempt to move *away* from the text of the Treaty, as suggested by Botswana[17], but rather an attempt to call in aid the conduct of the parties as a means of understanding the actual terms of the Treaty.

28. I stress, of course, that resort to subsequent practice, as showing contemporaneous understanding of the treaty, can only be had when the ordinary meaning of the words used in the Treaty is not sufficiently clear — as is pre-eminently the situation in the present case. Words so charged with ambiguity as those under consideration here demand the use of supplementary means of interpretation, and contemporaneous understanding ranks high among them.

29. We are not here interpreting or applying a legal concept, in which case intertemporal principles might, in certain cases, attract the meaning that concept bears at the time of interpretation. Rather, we are here examining a question of fact as to which of the two channels was considered by the parties *at that time* to be the main channel. This principle of contemporaneity is one of the important principles of treaty interpretation[18], and is not, I think, given its proper effect by taking into account, as the Court has done, the attitude of the Parties more than 50 years later, when political and other circumstances may well have necessitated a change of administrative policy from that which had been evidenced for the half century immediately following the Treaty.

30. Colonial administrations were specially sensitive, in the period of colonial rivalry, to incursions upon their territory from the territory of another colonial power. This would be expected to be particularly so at the time a treaty is concluded which defines their respective areas. At that time, the administrative authorities in the border regions, even though thinly spread, would be specially on the alert to incidents of use and occupation of the territory which are contrary to their contemporaneous understanding of what the treaty defines. If, indeed, there are such incidents and, as in this case, they are openly conducted, the administrative authorities would naturally register their concern. If, on the contrary,

---

[15] Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 357.

[16] *Ibid.*, p. 359 (emphasis added).

[17] Counter-Memorial of Botswana, Vol. I, p. 85, para. 240.

[18] Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 359.

> exemple, dans les travaux préparatoires du traité, tout simplement parce qu'elle revêt une forme concrète et active et non pas simplement une forme verbale ou écrite»[15] *[traduction du Greffe]*.

En outre, «l'autorité de [ce] principe est incontestable, en tant que principe indépendant qu'*il peut être non seulement légitime mais indispensable d'appliquer* dans les circonstances voulues»[16].

Contrairement à ce que le Botswana donne à entendre[17], cette approche ne revient pas à tenter de *s'écarter* du texte du traité, elle consiste plutôt à tenter de faire appel à la conduite des parties pour comprendre les dispositions concrètes du traité.

28. Je souligne bien entendu qu'il n'est possible de faire appel à la pratique ultérieure pour savoir comment les contemporains comprenaient le traité que si le sens ordinaire des termes utilisés dans ledit traité n'est pas suffisamment clair — comme tel est si manifestement le cas en la présente espèce. Des termes aussi lourdement chargés d'ambiguïté que ceux qui sont examinés ici exigent de recourir à des moyens d'interprétation supplémentaires et, parmi ces moyens, l'interprétation commune *(understanding)* des contemporains figure au premier rang.

29. Nous ne sommes pas en train ici d'interpréter ou d'appliquer une notion juridique, auquel cas les principes intertemporels pourraient parfois revêtir le sens que la notion a au moment de l'interprétation. Nous étudions plutôt ici une question de fait, qui est de savoir celui des deux chenaux dont les Parties estimaient *à l'époque* qu'il était le chenal principal. Ce principe de la contemporanéité est un des principes importants de l'interprétation des traités[18], et, à mon sens, ce n'est pas bien l'appliquer que de prendre en considération, comme la Cour l'a fait, l'attitude qu'adoptent les Parties plus de cinquante ans après, quand les circonstances, politiques notamment, peuvent très bien avoir modifié la politique suivie en matière administrative par rapport à celle qui a manifestement été suivie pendant le demi-siècle suivant immédiatement la conclusion du traité.

30. Les administrations coloniales étaient tout particulièrement sensibles, pendant la période des rivalités coloniales, aux incursions opérées sur leur territoire à partir du territoire d'une autre puissance coloniale. Et ce devait être tout particulièrement le cas à l'époque où deux de ces puissances concluaient un traité définissant leurs zones respectives. A l'époque, l'autorité chargée de l'administration dans les régions frontalières, même si elle était peu nombreuse sur le terrain, devait être particulièrement vigilante et s'intéresser à toute utilisation et occupation du territoire contraire à la façon dont les contemporains interprétaient les définitions du traité. S'il y avait effectivement des cas d'utilisation et

---

[15] Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 357.

[16] *Ibid.*, p. 359; les italiques sont de moi.

[17] Contre-mémoire du Botswana, vol. I, p. 85, par. 240.

[18] Fitzmaurice, *op. cit.*, p. 359.

they are aware of significant acts pointing to a particular understanding of the Treaty, and take no steps indicative of a different understanding, the natural conclusion to be drawn from such conduct is that such acts of use and occupation accorded with their contemporaneous understanding of the Treaty.

Indicia of Occupation

31. The use and occupation of this territory by Caprivi residents must be considered in the context of the particular geographical characteristics of the region and contemporary modes of human use and occupation of such territory.

We must not look for indicia of occupation in terms of settled housing or ordered agriculture, burial sites, or schools, for the very nature of this terrain prevented settled habitation in the manner known to Western jurisprudence and tradition. At best there would have been temporary occupation in makeshift huts from time to time as the rains and the climate determined. Such mud huts as there were would tend to be washed away during floodtime, for they were not constructed for permanent occupation. Even agricultural holdings could have been at best of a rather haphazard variety as compared with the holdings one is accustomed to in settled societies. Aerial photographs likewise would not reveal the ordered patterns of cultivation one is accustomed to see in cultivated agricultural land.

Factors such as these must be taken into account in assessing the inferences we could draw regarding Masubian occupation of the Island when the floods of each year had subsided.

32. Quite apart from the flood factor, there may well have been a lack of regularity in Masubian occupation of this territory, as is characteristic of a society which does not follow a regular routine year in and year out. Concepts of settled occupation, in default of which a territory is deemed unoccupied and even *res nullius*, which traditional principles of international law have led us to expect, must consequently be discarded in approaching a case such as the present. One recalls, in this context, judicial observations such as those in the *Legal Status of Eastern Greenland*[19], holding that even slender proof may satisfy a court of the exercise of sovereign rights in cases of thinly populated or unsettled territory, where the other party cannot make out a superior claim.

---

[19] *P.C.I.J., Series A/B, No. 53*, p. 46.

d'occupation et que ces cas soient, comme en l'espèce, patents, les administrateurs manifesteraient, bien entendu, leur inquiétude. Si, au contraire, les administrateurs ont connaissance d'actes significatifs témoignant d'une certaine interprétation du traité et ne prennent aucune mesure procédant d'une interprétation différente, il faut normalement déduire de pareille conduite que ces actes d'utilisation et d'occupation étaient compatibles avec l'interprétation du traité qui avait cours à l'époque contemporaine chez les administrateurs coloniaux.

Les signes d'occupation

31. L'utilisation et l'occupation du territoire par les habitants de la bande de Caprivi doivent être étudiées sous l'angle des caractéristiques géographiques particulières de la région et des modes d'utilisation et d'occupation par l'homme de ce type de territoire à l'époque contemporaine du traité.

Nous ne devons pas rechercher des signes d'occupation sous forme de maisons d'habitation permanente, d'agriculture organisée, de lieux de sépulture ou d'écoles, car la nature même du terrain empêchait l'habitation permanente sous la forme propre à la jurisprudence et à la tradition occidentales. Il y avait tout au plus occupation temporaire dans des cases improvisées de temps à autre, comme les pluies et le climat le permettaient. Les sortes de cases de pisé qui pouvaient exister disparaissaient lors des inondations, car elles n'étaient pas construites pour l'occupation permanente. Même les parcelles agricoles devaient être au mieux consacrées à des cultures de fortune par rapport aux cultures permanentes auxquelles nos sociétés sont habituées. De même, les photographies aériennes ne font pas apparaître les modes organisés de culture dont nous avons l'habitude sur des terres consacrées à l'agriculture.

C'est ce type de facteurs qu'il faut prendre en considération pour évaluer les indications que nous pouvons tirer de l'occupation de l'île par les Masubia quand, tous les ans, les inondations s'interrompent.

32. Les inondations mises à part, l'occupation du territoire par les Masubia peut très bien avoir manque de régularité, comme il en est d'une société qui ne suit pas le même rythme habituel tous les ans. Il faut par conséquent renoncer à aborder, en l'espèce, la situation avec des notions d'occupation permanente, en l'absence de laquelle un territoire est censé être inoccupé, voire *res nullius*, comme nous l'apprennent les principes traditionnels du droit international. On se rappelle à ce propos les observations des juges dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*[19], suivant lesquelles le tribunal se contente de fort peu de manifestations d'un exercice de droits souverains quand le territoire est faiblement peuplé ou non occupé par des habitants à demeure, pourvu que l'autre Etat en cause ne puisse faire valoir une prétention supérieure.

---

[19] *C.P.J.I. série A/B n° 53*, p. 46.

The Significance of Masubian Use and Occupation

33. Was the Masubian use and occupation of this territory, in the years immediately succeeding the Treaty, an occupation that was merely permissive, under some external authority, or was it resorted to on the basis that the occupiers felt entitled to such occupation without seeking the permission of any external authority?

If the latter was the case, their occupation must be presumed to be occupation under the State of which they were the subjects, rather than under any other State which claimed to have authority over the territory.

34. This approach may have its limitations, as the acts of occupation of the Masubia of the Caprivi Strip were not sovereign acts, but yet such legal benefit as might accrue from them must enure to the benefit of their sovereign authority rather than any other. This would be especially so if the occupation was an organized occupation under their chiefs rather than sporadic acts of occupation by individuals. In fact, the evidence indicates that the tribesmen attached great sentimental value to the Island which was regarded as a seat of chiefly authority, and that such occupation was part of the living tradition of their tribe.

35. Namibia argues that

> "the Masubia of Caprivi had occupied and cultivated Kasikili Island from before the conclusion of the 1890 treaty until well into the second half of the present century and that Namibia's predecessors in title had continuously exercised jurisdiction over the area with the full knowledge of Botswana and its predecessors and without any official objection or protest from them until 1984"[20].

I believe there is no dispute regarding Masubian cultivation of the Island until 1947, allowing for such occasional intervals as were necessitated by climatic conditions. I believe the evidence supports the view that, from 1890 to 1947, such cultivation during the period when the Island was not flooded was a regular feature.

36. Colonial governments depended heavily on chiefly authority at a local level, and the claims and movements of chieftains were not matters of indifference to them.

What do we infer from this?

This may not have been occupation by a sovereign government such as is necessary for the acquisition of title by adverse prescription, though it could come close to such an interpretation. However, it was an occupation of the land of which the administrations on both sides were not

---

[20] Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, p. 40, para. 83.

L'importance de l'utilisation et de l'occupation de l'île par les Masubia

33. L'utilisation et l'occupation du territoire par les Masubia, pendant les années qui ont immédiatement suivi la conclusion du traité, étaient-elles une occupation simplement tolérée par une autorité extérieure quelconque, ou bien étaient-elles pratiquées parce que les occupants estimaient avoir le droit de pratiquer cette occupation sans demander d'autorisation à une autorité extérieure quelconque?

Si la seconde hypothèse est la bonne, il faut présumer qu'il s'agit d'une occupation licite au regard de l'Etat dont les Masubia étaient les sujets plutôt qu'au regard de n'importe quel autre Etat prétendant exercer sa souveraineté sur le territoire.

34. Cette approche est peut-être limitée, car les actes d'occupation des Masubia de la bande de Caprivi n'étaient pas des actes souverains, et pourtant l'avantage juridique qu'il est possible de tirer de ces actes conforte nécessairement leur autorité souveraine plutôt que n'importe quelle autre autorité. Et cette conclusion s'impose d'autant plus si l'occupation était organisée, sous l'aval des chefs, et ne représentait pas simplement quelques actes sporadiques d'occupation par des particuliers. En fait, les éléments de preuve indiquent que les membres de la tribu éprouvaient beaucoup d'attachement affectif pour l'île qui était considérée comme relevant de l'autorité des chefs et que ladite occupation faisait partie intégrante des traditions de la tribu.

35. La Namibie soutient que

> «les Masubia du Caprivi avaient occupé et cultivé l'île de Kasikili avant même la conclusion du traité de 1890 jusque bien après le milieu du siècle actuel et que les prédécesseurs en titre de la Namibie avaient continuellement exercé leur juridiction sur la région au vu et au su du Botswana et de ses prédécesseurs et sans aucune opposition ni protestation officielle de leur part jusqu'en 1984»[20].

Je pense qu'il n'y a pas de litige autour du fait que les Masubia ont cultivé l'île jusqu'en 1947, avec les quelques solutions de continuité imposées par le climat. Je pense que les éléments de preuve présentés établissent que, de 1890 à 1947, la culture de l'île, pendant les périodes où celle-ci n'était pas inondée, était systématique.

36. Les puissances coloniales étaient étroitement tributaires de l'autorité des chefs sur le plan local de sorte que les revendications et les décisions des chefs ne leur étaient pas indifférentes.

Que devons-nous en déduire?

Il ne s'est peut-être pas agi de l'occupation pratiquée par un gouvernement souverain, comme cela doit être le cas pour pouvoir acquérir un titre par prescription contraire, encore que l'on puisse presque adhérer à pareille interprétation. Mais il s'agissait d'une occupation du terrain dont

---

[20] Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 40, par. 83.

unaware. If this occupation was in disregard of the 1890 Treaty, one would have expected the Government of Botswana or its predecessors to lodge a protest, or at least to make it clear that the Masubia were there on sufferance. There is no evidence of any such action on Botswana's part.

Contemporaneous Understanding of the Treaty as Evidenced by the Conduct of the Parties

37. For the purpose of assessing the Parties' understanding of the Treaty, I now move on to a consideration of the factual material placed before the Court regarding official conduct on both sides. In doing so, I stress that what is most important to the legal question I am addressing is the common understanding of the two administrations in the years immediately succeeding the Treaty, and not during periods half a century or more after the Treaty.

38. Changes of official attitude that occurred at a later period, e.g., in 1947 or thereafter, throw little light on how the Parties understood the Treaty at the time it was entered into, or shortly thereafter. New policy orientations, and indeed new configurations of political power, may well have intervened half a century or more after the Treaty, having regard to the profound changes that took place in the region. For these reasons, I differ from the Court's conclusion of absence of agreement, based upon events between 1947 and 1951 and, indeed, thereafter[21].

Evidence of Common Understanding

39. In the light of the nature of Masubian occupation, as discussed earlier, I proceed to set out a summary of what can be gathered from the material before us, in regard to the common understanding of the Treaty in the years immediately following it. In doing so, I start with some of the findings of the Court as set out in paragraph 62 of the Court's Judgment.

— Prior to 1947, no differences had arisen between Bechuanaland and the power administering the Caprivi Strip with regard to the boundary in the area of Kasikili Island.

— It appears that, on the basis of the maps available at the time, the boundary had until then been supposed to be located in the southern channel of the Chobe.

---

[21] Judgment, para. 63.

l'administration des deux côtés n'était pas inconsciente. Si cette occupation transgressait le traité de 1890, on aurait pu s'attendre à ce que le Gouvernement botswanais ou bien ses prédécesseurs protestent officiellement, ou tout au moins fassent savoir que les Masubia étaient simplement tolérés. Or, rien n'indique que le Botswana ait agi en ce sens.

Comment les contemporains interprètent le traité ainsi que le montre la conduite des Parties

37. Aux fins d'apprécier comment les Parties interprètent le traité, je vais à présent examiner les éléments de fait présentés à la Cour au sujet de la conduite officielle des deux administrations. Ce faisant, je souligne que ce qui est le plus important du point de vue de la question juridique que j'étudie, c'est l'accord à ce sujet des deux administrations *(common understanding)* pendant les années qui ont suivi immédiatement la conclusion du traité et non pas pendant les périodes qui se situent un demi-siècle ou davantage après ladite conclusion.

38. Les changements intervenus plus tard dans les positions officielles, par exemple en 1947 ou plus tard encore, ne renseignent pas beaucoup sur la façon dont les Parties interprétaient le traité à l'époque où il a été conclu ou bien peu de temps ensuite. De nouvelles orientations politiques, et aussi des modifications de la configuration du pouvoir politique sont sans doute intervenues un demi-siècle plus tard ou davantage après la conclusion du traité, étant donné la façon dont la région s'est radicalement transformée. C'est pourquoi je ne conclus pas comme le fait la Cour que les événements qui se sont déroulés entre 1947 et 1951 et d'ailleurs par la suite aussi sont révélateurs de l'absence d'accord[21].

Preuves de l'entente (common understanding)

39. Compte tenu de la nature de l'occupation de l'île par les Masubia, comme nous l'avons vu plus haut, j'expose succinctement ci-après ce que l'on peut déduire des éléments qui nous ont été présentés en ce qui concerne l'entente *(common understanding)* relative à l'interprétation du traité dans les années qui ont immédiatement suivi sa conclusion. Je commence par certaines des constatations que la Cour énonce au paragraphe 62 de l'arrêt.

- Jusqu'en 1947, aucune divergence de vues n'avait surgi entre, d'une part, la puissance administrant la bande de Caprivi et, d'autre part, le Bechuanaland au sujet de la frontière dans la région de l'île de Kasikili/Sedudu.
- Il semble que, compte tenu des cartes alors disponibles, la frontière était jusque là supposée se situer dans le chenal sud du Chobe.

---

[21] Arrêt, par. 63.

- While in 1948 a local official from Caprivi and a local official from Bechuanaland came to the conclusion that the main channel was the northern one, at the same time they noted that since at least 1907 use had been made of the Island by Caprivi tribesmen without objection by the Bechuanaland authorities, and that that situation still continued.
- It was subsequently, after consulting London, that the higher authorities in Bechuanaland took the view that the boundary was located in the northern channel.

Such subsequent action, taken nearly 60 years after the date of the Treaty, can scarcely be used to help in showing how the Parties understood the Treaty, especially where their earlier conduct points to a different understanding.

40. One should also take into account that

- Masubia use and occupation of the Island was of as significant a nature as the terrain and climatic conditions allowed.
- Masubia use and occupation included even the residence of a chief and a well organized village community and a school, factors of much significance when we consider that such occupation was never challenged by an administration whose successors claim that this was their territory, and did not raise objections thereto until nearly 60 years after the Treaty.

- One of the initial acts of the first German Imperial Resident, Streitwolf, was to install the Masubia chief, Chikamatondo, who was to be responsible to him for the area[22].

- In later years, the Masubia chief himself lived on the Island, and held his court there.

As already observed, Botswana's contention that the "subsequent conduct" argument is one grounded in acquisitive prescription[23] does not take account of the fact that these are in fact two separate arguments. Factors throwing light on the contemporaneous understanding of the Treaty can be considered quite apart from their weight as supporting acquisitive prescription.

41. For these reasons, there is sufficient material from which to conclude an understanding on the part of the Parties to the Treaty, as evidenced by their practice for upwards of half a century, that they regarded the southern boundary of the River Chobe as the main channel.

---

[22] Memorial of Namibia, Vol. I, p. 9, para. 28.

[23] Reply of Botswana, Vol. I, p. 55, para. 157.

- En 1948, un administrateur local du Caprivi et un administrateur local du Bechuanaland seront parvenus à la conclusion conjointe que le chenal principal était le chenal nord mais, en même temps, ils ont tous les deux constaté que l'île était cultivée depuis 1907 au moins par des membres de tribu de la bande de Caprivi sans objection des autorités du Bechuanaland et que cette situation perdurait.
- C'est ensuite que les autorités supérieures du Bechuanaland ont considéré, après avoir consulté Londres, que la frontière se situait dans le chenal nord.

Il est difficile de se servir de cette action ultérieure qui a lieu près de soixante ans après la date de la conclusion du traité pour nous aider à établir comment les Parties interprétaient le traité, d'autant que leur comportement antérieur est révélateur d'une autre interprétation.

40. Il faut également tenir compte des éléments ci-après

- l'utilisation et l'occupation de l'île par les Masubia étaient aussi intensives que le permettaient le sol et le climat;
- cette exploitation et cette occupation par les Masubia se traduisaient même par la présence d'un chef, d'une communauté de village bien organisée et d'une école, éléments fort importants quand nous songeons que cette occupation n'a jamais été contestée par une administration dont les successeurs prétendent qu'il s'agissait de leur territoire, mais n'ont pas soulevé d'objection contre cette occupation jusque près de soixante ans après la conclusion du traité;
- l'un des premiers actes à l'actif du premier résident impérial allemand, Streitwolf, a été de mettre en place le chef masubia Chikamatondo, et de lui confier la responsabilité de la région, à charge pour le chef d'en répondre devant lui[22];
- plus tard, le chef masubia lui-même a vécu sur l'île et y a rendu la justice.

Comme je l'ai déjà dit, quand le Botswana soutient que la thèse de la «conduite ultérieure» est fondée sur la prescription acquisitive[23], il ne tient pas compte du fait qu'il s'agit en fait de deux thèses distinctes. Les éléments qui éclairent comment le traité était interprété à l'époque de sa conclusion peuvent être examinés tout à fait à part du rôle qui peut leur être imputé en faveur de la prescription acquisitive.

41. C'est pourquoi il existe suffisamment d'éléments permettant de conclure à une entente des Parties au traité au sujet de l'interprétation de celui-ci, entente dont témoigne leur pratique pendant près d'un demi-siècle, laquelle établit que lesdites Parties considéraient la limite sud du fleuve Chobe comme son chenal principal.

---

[22] Mémoire de la Namibie, vol. I, p. 9, par. 28.

[23] Réplique du Botswana, vol. I, p. 55, par. 157.

Suggested Contrary Factors

42. Some items of fact asserted by Botswana to evidence non-recognition of Namibian sovereignty need now to be examined.

(a) *The Eason Report, 1912*

43. Botswana relies heavily on Captain Eason's report in which he stated that "undoubtedly the North should be claimed as the main channel". Here was an occasion where the precise question now in issue was specifically brought to the notice of the governmental authorities in question, with a categorical recommendation that a claim should be made. It must be presumed that this assertion received official consideration. Yet no such claim was made. A reasonable inference is that higher officials considered this recommendation and took a considered decision not to act upon it.

This is confirmatory of the Namibian position rather than a rejection of it. Moreover, the instructions to Eason of Lieutenant Colonel Panzera, the Resident Commissioner in Bechuanaland, reveal that the matter was in fact under consideration by the Bechuanaland authorities and that they were seeking a solution to the question which was the main channel. This reinforces the conclusion that the authorities took a definite decision not to act on the conclusions of Eason, thus administratively rejecting the recommendation that a claim be made that the northern channel was the main channel.

Colonel Panzera instructed Eason that the question under consideration could only be solved by following up the deepest channel in which there is the strongest current, and that the width of the channel was not the matter in issue. Eason's observations made during the dry season could hardly have been observations in accordance with these guidelines, for during the dry season there is scarcely any current in either channel. Indeed, Eason's observations were made at the end of an exceptional drought during the previous 12 months[24].

(b) *The Trollope-Dickinson arrangement, 1951*

44. This relates to a period more than 60 years after the Treaty, and does not have the same relevance to contemporaneous understanding as events closer to the Treaty. I shall still examine it in view of the importance attached to it by Botswana.

---

[24] Memorial of Botswana, Vol. III, Annex 15, p. 226, para. 2.

Les thèses contraires

42. Le Botswana présente certains faits qui, d'après lui, témoignent de la non-reconnaissance de la souveraineté de la Namibie : il convient à présent d'examiner ces faits.

a) *Le rapport Eason, 1912*

43. Le Botswana s'appuie beaucoup sur le rapport dans lequel le capitaine Eason déclare qu'« incontestablement, ... le chenal nord devrait être considéré comme le chenal principal ». A cette date-là, par conséquent, la question précise qui est actuellement la question litigieuse a justement été portée à l'attention des autorités officielles, assortie d'une recommandation catégorique aux fins d'une revendication formelle. Nous sommes en droit de penser que cette affirmation aura été officiellement prise en considération. Mais aucune revendication n'a été formulée. Nous pouvons raisonnablement en déduire que les autorités supérieures ont examiné cette recommandation et ont décidé après réflexion de ne pas lui donner suite.

Voilà qui revient à confirmer la position de la Namibie plutôt qu'à la récuser. En outre, les instructions données à Eason par le lieutenant-colonel Panzera, le commissaire résident au Bechuanaland, révèlent que les autorités du Bechuanaland étudiaient en fait la question et cherchaient à déterminer où se situait le chenal principal. Cela renforce la conclusion ci-dessus, à savoir que les autorités ont formellement décidé de ne pas donner suite aux constatations de Eason, c'est-à-dire qu'elles ont administrativement rejeté la recommandation formulée, visant à prétendre que le chenal nord était le chenal principal.

Le colonel Panzera a dit, dans ses instructions à Eason, qu'on ne pouvait résoudre la question à l'étude qu'en suivant le chenal le plus profond dans lequel le courant est le plus fort et que la largeur du chenal n'était pas en cause. Les observations que Eason a faites pendant la saison sèche ne peuvent guère être conformes à ces directives, car, pendant la saison sèche, le courant est pratiquement inexistant dans les deux chenaux. D'ailleurs, les observations de Eason ont été faites à la fin d'une période de sécheresse exceptionnelle couvrant les douze mois précédents[24].

b) *L'arrangement Trollope-Dickinson, 1951*

44. Nous nous trouvons ici à plus de soixante ans après la conclusion du traité, et ledit arrangement est donc moins révélateur de l'interprétation du traité qui avait cours à l'époque contemporaine que des éléments puisés dans l'histoire plus proche de la conclusion du traité. J'étudie néanmoins cet arrangement parce que le Botswana lui accorde beaucoup d'importance.

---

[24] Mémoire du Botswana, vol. III, annexe 15, p. 226, par. 2.

The Botswana Memorial places much reliance on what is stated to be a "joint report" by Major Trollope, the South African magistrate for the Eastern Caprivi, and Noel Redman, the District Commissioner for the Bechuanaland Protectorate. The report, which does not state the reasons for its conclusions, states that the main channel lies in the waterway which would include the Island in question in the Bechuanaland Protectorate.

Yet, as with the Eason Report, there are circumstances which adversely affect the weight of this opinion.

(i) After the receipt of the joint report, matters between the two governments were not settled on this basis, but the officials "agreed to differ on the legal aspect regarding Kasikili Island"[25]. No advance was therefore made on the pre-existing position.

(ii) Trollope himself stressed the aspect of use and occupation as indicating that the Island was part of the Caprivi Strip[26].

(iii) The Legal Advisers of the Bechuanaland Protectorate seem to have proceeded on the basis that the Island had never been treated as part of the Bechuanaland Protectorate and therefore "shall be deemed not to be included, and never to have been included, in the [Bechuanaland] Protectorate"[27]. There could hardly be a more categorical rejection of the position contended for by Botswana.

(iv) The Report expressly leaves open the question of the impact of the use of the Island by Caprivi tribesmen since 1907 on the question of the ownership of the Island.

(c) *The 1984-1986 discussions resulting from the shooting incident of 24 October 1984*

45. I do not need to deal with these discussions as they were nearly a century after the Treaty, and can throw little light on how the Treaty was contemporaneously understood.

46. In the result, there appears to have been a long-standing use by Caprivi tribesmen of Kasikili/Sedudu Island, without any official protest or assertion of rights by the authorities of the British possessions to the south. The right of the Caprivi tribesmen to use the Island was undisputed not only by the Bechuanaland authorities, but even by the Bechuanaland tribesmen — as was noted by the Secretary for External

---

[25] Counter-Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 71, para. 7 *(a)*. This conclusion emerged from correspondence between Trollope and Dickinson, Redman's successor, who came to a "gentleman's agreement" in which they agreed to let the issue rest in obscurity (*ibid.*, para. 8, and Ann. 73, para. 4).

[26] Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, p. 47, para. 104.

[27] Memorial of Botswana, Vol. III, Ann. 28, para. 3 *(b)*; Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, p. 48, para. 104.

Dans son mémoire, le Botswana, en effet, se fie beaucoup à ce qu'on appelle un «rapport conjoint» du major Trollope, le magistrat sud-africain chargé de l'administration du Caprivi oriental, et Noel Redman, le commissaire de district du protectorat du Bechuanaland. Il est dit dans ce rapport, lequel ne motive pas les conclusions énoncées, que le chenal principal se situe dans la voie d'eau qui engloberait l'île en question dans le protectorat du Bechuanaland.

Pourtant, comme c'était déjà le cas avec le rapport Eason, certaines circonstances ôtent à l'opinion des auteurs du rapport une bonne partie de son poids.

i) Après réception de ce rapport conjoint, les deux gouvernements ne règlent pas pour autant la question en suspens, mais les deux intéressés «admett[ent] ne pas être du même avis sur le problème juridique relatif à l'île de Kasikili»[25]. Il n'est donc réalisé aucun progrès par rapport à la situation antérieure.

ii) Trollope lui-même soulignait que l'utilisation et l'occupation de l'île indiquaient que l'île faisait partie de la bande de Caprivi[26].

iii) Les conseillers juridiques du protectorat du Bechuanaland ont, semble-t-il, tenu pour acquis que l'île n'avait jamais été considérée comme une partie du protectorat du Bechuanaland et par conséquent serait «réputée ne pas être incluse et n'a[yant] jamais été incluse dans le protectorat [du Bechuanaland]»[27]. On ne peut guère rejeter de façon plus catégorique la position défendue par le Botswana.

iv) Le rapport laisse délibérément sans réponse la question de savoir quelle incidence le fait que l'île est utilisée par les membres des tribus du Caprivi depuis 1907 peut avoir sur la propriété de l'île.

c) *Les discussions de 1984-1986 à la suite de l'incident du 24 octobre 1984 où des coups de feu ont été tirés*

45. Je n'ai guère besoin d'examiner ces entretiens car ils se déroulent quasiment un siècle après la conclusion du traité et ne peuvent guère éclairer comment le traité était interprété à l'époque de sa conclusion.

46. Finalement, il semble que les tribus du Caprivi aient depuis fort longtemps cultivé l'île de Kasikili/Sedudu sans que les autorités des possessions britanniques situées au sud aient jamais officiellement protesté ni affirmé leurs droits. Le droit de ces tribus du Caprivi d'utiliser l'île n'a jamais été contesté, non seulement par les autorités du Bechuanaland, mais encore par les tribus du Bechuanaland elles-mêmes — ainsi que le

---

[25] Contre-mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 71, par. 7 *a)*. Cette conclusion découle de la correspondance entre Trollope et Dickinson, le successeur de Redman, lesquels ont conclu un *gentlemen's agreement* dans lequel ils ont ensemble décidé de laisser toute la question retomber dans l'oubli (*ibid.*, par. 8 et annexe 73, par. 4).

[26] Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 47, par. 104.

[27] Mémoire du Botswana, vol. III, annexe 28, par. 3 *b)* ; contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 48, par. 104.

Affairs of South Africa in his reply of 14 February 1949, addressed to the Chief Secretary to the High Commissioner for Bechuanaland[28].

47. The understanding that the Island was not Botswana territory appears to have been so deep-rooted that it carried over into the years immediately succeeding the achievement of Botswana's independence. Important evidence in this regard is the action of a Botswana magistrate in 1972 (six years after Botswana achieved independence) in acquitting three Caprivi tribesmen who had been arrested on Kasikili Island by game wardens of the Chobe National Park and detained in Kasane for five days. According to affidavits submitted by Namibia, the magistrate criticized the game wardens for arresting them on Caprivi territory[29].

48. Botswana denies this incident, stating that it depends only on the affidavits of the accused persons. However this may be, the occurrence of an incident of this nature is confirmed by the fact that in 1973 South Africa sent a protest note to the President of Botswana relating to the entry of armed Botswana officials into what it described as "Eastern Caprivi territory"[30], and that Botswana did not reply to this communication, even though South Africa sent a follow-up inquiry[31]. The matter was thus taken up administratively at governmental level, with South Africa issuing a note on the matter to the President of Botswana. There was no assertion of rights by the Government of Botswana in reply.

All this is far different from the judicial and/or governmental response that would have ensued had it been the official view in Botswana that this was Botswana territory.

49. These circumstances are sufficient to show the official perception of the position of the main channel from a period comparatively close in time to the Treaty to the period even after independence.

What is most important to note against this background of official attitudes is the openness of the manner in which the Masubia tribesmen had over the years for nearly half a century visited, lived in and cultivated this Island whenever the weather and river conditions permitted. They did this without acknowledgment of title under any external authority, but as part of their traditional lifestyle. This was a fact that was well known in the area and must be taken to have been particularly well known to the officials exercising jurisdiction over it.

---

[28] Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 65, also noted in the Court's Judgment, para. 59.

[29] Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 24; Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, pp. 42-44, paras. 87-90.

[30] Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 26.

[31] *Ibid.*, Ann. 27.

relevait le secrétaire chargé des affaires extérieures d'Afrique du Sud dans la réponse qu'il adressait le 14 février 1949 au secrétaire administratif auprès du haut commissaire pour le Bechuanaland[28].

47. L'accord *(understanding)* sur le fait que l'île ne faisait pas partie du territoire botswanais semble avoir été si profondément ancré qu'il a continué de s'imposer pendant les années qui ont suivi immédiatement l'accession à l'indépendance du Botswana. Nous disposons d'un témoignage important à cet égard avec la décision d'un magistrat botswanais qui, en 1972 (soit six ans après l'indépendance du Botswana) a acquitté trois hommes des tribus du Caprivi qui avaient été arrêtés sur l'île de Kasikili par des gardes-chasse du parc national du Chobe et détenus à Kasane pendant cinq jours. D'après les dépositions sous serment présentées par la Namibie, le magistrat a critiqué les gardes-chasse pour avoir arrêté ces hommes sur territoire caprivien[29].

48. Le Botswana nie l'incident, déclarant qu'il repose exclusivement sur les déclarations sous serment des personnes accusées. Quoi qu'il en soit, on a confirmation qu'un incident de cette nature s'est produit avec le fait qu'en 1973, l'Afrique du Sud a envoyé une note de protestation au président du Botswana parce que des fonctionnaires botswanais armés avaient pénétré sur ce que l'Afrique du Sud appelait «le territoire du Caprivi oriental»[30], et avec le fait en outre que le Botswana n'a pas répondu à cette communication alors que l'Afrique du Sud procédait pourtant à une enquête sur place[31]. La question avait donc reçu une suite administrative officielle puisque l'Afrique du Sud adressait une note au président du Botswana, et le Gouvernement botswanais n'a pas affirmé ses droits à cette occasion.

Nous sommes très loin ici de la réaction judiciaire et/ou gouvernementale que nous aurions constatée si la position officielle au Botswana avait été que le territoire en cause était botswanais.

49. Ces faits suffisent à montrer où l'on situait officiellement le chenal principal pendant toute la période allant d'une date relativement proche de la conclusion du traité à une date se situant même après l'indépendance.

Ce qu'il faut tout particulièrement relever dans cet ensemble de prises de position officielles, c'est que les Masubia, pendant près d'un demi-siècle, se sont très ouvertement rendus sur l'île pour l'habiter et la cultiver dès que les conditions climatiques le permettaient et qu'il était possible de traverser le fleuve. Les Masubia agissaient ainsi sans qu'aucune autorité extérieure ait reconnu leur titre, parce que cela faisait partie de leur mode de vie traditionnel. Le fait était parfaitement connu dans la région, et certainement connu en particulier des administrateurs qui en avaient officiellement la charge.

---

[28] Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 65; relevé également dans l'arrêt de la Cour, au paragraphe 59.

[29] Contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 24; contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 42-44, par. 87-90.

[30] Contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 26.

[31] *Ibid.*, annexe 27.

50. Against this background, the absence of contrary action by a State authority claiming title to the territory is difficult to reconcile with an understanding of the Treaty in any sense other than that it treated the Island as lying within the territory that fell to Namibia — a result presupposing a commonly accepted view on both sides that the "main channel", for the purposes of the Treaty, was the southern one.

In short, if one is attempting to understand the terms of an expression in the Treaty which is equally capable of two interpretations, there is an almost conclusive indication in all this conduct of the way in which the authorities on both sides of the border understood and interpreted the agreement. That understanding and interpretation are clearly indicative of the Island being considered without any objection or assertion to the contrary to be part of the Caprivi Strip.

51. I stress again that I am using this material in regard to use and occupation and non-protest by the rival State authority only as an aid to the understanding of the terms of the Treaty, in view of the ambiguity therein which needs to be resolved. I am *not* using it as evidence of prescriptive title. I stress particularly that this is not material on the basis of which the terms of the Treaty can be *altered*. It is only a basis on which the terms to the Treaty can be *interpreted* and better understood.

Although Namibia argues further that this record constitutes an independent title to sovereignty over the Island by operation of the doctrines of acquiescence, recognition and prescription, I need not go into this argument for the reasons indicated above.

Ambivalence of Other Criteria

52. Various criteria were suggested in the course of the argument for determining the main channel. Among these were navigability, the thalweg concept, greatest mean depth, depth at the most shallow point, greatest capacity, and velocity of flow.

I proceed however to make some observations on these aspects.

Navigability as a Criterion for Interpreting "Main Channel"

53. There seem to be strong arguments indicating that in the context of the river we are considering, namely the Chobe River, navigability is an inappropriate criterion for the determination of its main channel.

It is to be remembered that there was no uniform way in which at the period in question river boundaries were designated or understood. For example, as the Namibian Counter-Memorial points out, there were, in

50. Sur cette toile de fond, il est bien difficile de concilier l'absence d'opposition de la part d'une autorité étatique revendiquant le territoire et une interprétation du traité ne situant pas l'île dans le territoire relevant de la Namibie — c'est-à-dire qu'il faut présupposer que, des deux côtés, on acceptait l'idée que le «chenal principal» était, aux fins du traité, le chenal sud.

Bref, quand on cherche à comprendre une expression utilisée dans le traité qui est susceptible de recevoir deux interprétations, tous ces comportements indiquent de façon quasi déterminante la façon dont les autorités des deux côtés de la frontière comprenaient et interprétaient l'accord. Cette façon de comprendre et d'interpréter l'accord indique clairement que l'île était censée, sans la moindre objection ni prétention contraire, faire partie de la bande de Caprivi.

51. Je souligne à nouveau que je me sers des éléments présentés au sujet de l'utilisation, de l'occupation de l'île et de l'absence de protestation de la part de l'autorité étatique rivale exclusivement pour m'aider à comprendre les dispositions du traité, parce que celui-ci est empreint d'une ambiguïté qu'il faut lever. Je ne me sers *pas* de ces éléments pour établir un titre de souveraineté par prescription. Je tiens à souligner tout particulièrement qu'il ne s'agit pas d'éléments autorisant à *modifier* les dispositions du traité. Il s'agit exclusivement d'éléments à partir desquels il est possible d'*interpréter* et de mieux comprendre les dispositions du traité.

La Namibie soutient par ailleurs, quant à elle, que ces éléments constituent un titre indépendant de souveraineté sur l'île sous l'effet de l'acquiescement, de la reconnaissance et de la prescription mais, pour ma part, ainsi que je l'ai expliqué plus haut, je n'ai pas lieu d'examiner cette thèse.

L'ambivalence des autres critères

52. Plusieurs critères ont été présentés au cours du débat qui permettraient de déterminer le chenal principal. Il s'agit en particulier de la navigabilité, de la notion de thalweg, de la profondeur moyenne la plus forte, de la profondeur à l'endroit le moins profond, du plus grand volume d'eau, et du débit.

Je formulerai à ce sujet quelques observations.

La navigabilité en tant que critère d'interprétation du « chenal principal »

53. Certains arguments solides permettent, semble-t-il, de dire qu'en ce qui concerne le fleuve à l'étude, c'est-à-dire le fleuve Chobe, la navigabilité n'est pas un critère valable quand il faut établir où se situe son chenal principal.

Il faut se rappeler qu'à l'époque en question, il n'existait pas de méthode uniforme de désigner ou de comprendre les frontières fluviales. Par exemple, comme la Namibie le signale dans son contre-mémoire, on

the context of treaties fixing African river boundaries, a variety of expressions that were used:

1884 — "up the course of the Limpopo River . . ."
1891 — "the centre of the channel of the [River] Ruo"
"the mid-channel of that [Aroangwa] River"
"the centre of the main channel of the Sabi"
1898 — "the median line of the [Niger] river"
1899 — "the centre of the River Ruo up-stream"
"shall follow the Malosa River up-stream"
1911 — "the line of the thalweg of those [Ruo and Shiré] rivers"
1912 — "the centre of the channel of the River Gaeresi"
1926 — "the middle line of the Kunene River, that is to say, the line drawn equidistant from both banks" [32]

Some of these rivers were navigable. Some were not. The Chobe was largely non-navigable. There was no set rule of interpretation reading navigability into these phrases. To apply navigability as a criterion indiscriminately to all river boundaries, whether the river be navigable or not, does not seem to be appropriate.

54. One bears in mind in this context the known desire of the German empire to have access to the Zambezi. This was a general principle all colonial powers pursued as they desired the maximum freedom of movement to, from and within their territories. Yet this was at the time a rather theoretical concept, for the Zambezi was not a navigable river, at any rate near its junction with the Chobe, and the navigability of the Chobe along its entire length and for the greater part of the year was not even in contemplation.

55. Moreover, using navigability as a criterion does not accord with the principle that words should be given their ordinary meaning. I would not therefore give to the words "the main channel" a meaning which is dependent on the concept of navigability, which was not a dominant meaning in the minds of the drafters of the document.

56. In relation to navigation, it is to be noted that, even up to 1914, such navigation as there was on the Chobe River was done by dug-out canoes or *mekoro* and that even the colonial officials used no better craft[33]. Moreover, there was clearly no evidence of regular, scheduled commercial navigation[34]. Even as late as the 1940s when the much discussed timber venture of W. C. Ker was inaugurated, this was the first attempt at the use of the Chobe as a means of transport. However, there

---

[32] Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, pp. 26-27, para. 57, citing examples from Ian Brownlie, *African Boundaries: A Legal and Diplomatic Encyclopaedia*, 1979.

[33] Botswana's reply to Judge Fleischhauer's Question 1.

[34] *Ibid.*

trouvait dans les traités situant en Afrique des frontières dans des fleuves, toute une série d'expressions:

1884 — «en remontant le cours du Limpopo...»,
1891 — «le centre du chenal de la [rivière] Ruo»,
«suit le milieu du chenal de cette rivière [Aroangwa]»,
«le centre du chenal principal du Sabi»,
1898 — «la ligne médiane du fleuve [Niger]»,
1899 — «le centre de la rivière Ruo vers l'amont»,
«suit la rivière Malosa vers l'amont»,
1911 — «la ligne du thalweg de ces rivières [des rivières Ruo et Shiré]»,
1912 — «le centre du chenal du fleuve Gaeresi»,
1926 — «la ligne médiane de la Kunene, c'est-à-dire la ligne équidistante des deux rives»[32].

Certains de ces fleuves étaient navigables, d'autres non. Le Chobe était pour l'essentiel non navigable. Il n'existait pas de règle fixe d'interprétation permettant d'apprécier la navigabilité au moyen de ces diverses expressions. Se servir de la navigabilité en tant que critère applicable sans discrimination à tous les fleuves frontières, que le fleuve soit navigable ou non, ne parait donc pas valable.

54. Il faut se souvenir ici que l'empire colonial allemand voulait avoir accès au Zambèze. C'était un principe chez toutes les puissances coloniales de vouloir exercer la plus grande liberté de mouvement possible, à destination de leurs territoires, en provenance de ces territoires et à l'intérieur des territoires également. Mais il s'agissait à l'époque d'une notion plutôt abstraite, puisque le Zambèze n'était pas navigable, tout au moins à proximité de son confluent avec le Chobe, et que la navigabilité du Chobe sur toute sa longueur et pour la plus grande partie de l'année n'était pas même envisageable.

55. En outre, utiliser la navigabilité comme critère ne répond pas au principe suivant lequel il faut donner aux termes utilisés leur sens ordinaire. Je ne donnerai par conséquent pas aux termes «le chenal principal» un sens qui relève de la notion de navigabilité, car ce n'était certainement pas le sens auquel les auteurs du traité songeaient en premier.

56. En ce qui concerne la navigation, il faut relever que, jusqu'en 1914 même, toute la circulation qui avait lieu sur le Chobe était assurée par des pirogues ou *mekoro*, et que même les administrateurs coloniaux ne se servaient pas de meilleures embarcations[33]. En outre, il n'existe aucune preuve d'une navigation commerciale régulière à horaires fixes à l'époque de la conclusion du traité[34]. Et il faut attendre les années quarante pour que soit inaugurée l'entreprise de transport de bois d'œuvre de

---

[32] Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 26-27, par. 57, où sont cités des exemples tirés de l'ouvrage de Ian Brownlie, *African Boundaries: A Legal and Diplomatic Encyclopaedia*, 1979.

[33] Réponse du Botswana à la question n° 1 de M. Fleischhauer.

[34] *Ibid.*

is doubt as to whether Ker in fact set up such a service, and Namibia has stated in answer to a question by President Schwebel that it has not been able to find any evidence that W. C. Ker ever actually transported timber through the northern channel.

57. For these reasons, definitive importance cannot be accorded to navigation as a criterion. I note also in this connection Namibia's answer to Judge Fleischhauer in which it stated that it has been unable to find a single reference to a boat of any kind at any period in history ever traversing the whole length of the Chobe River where it forms a common boundary between Namibia and Botswana.

There are limits therefore to the extent to which navigability can be used as a criterion for determining which was the main channel.

The Thalweg Concept

58. There has been much discussion in the course of the presentations before the Court regarding the applicability of the thalweg concept to this case. Botswana identifies the thalweg as one of the criteria by which to identify the main channel, defining the thalweg as "the channel most favourable to the movement of vessels proceeding downstream when the water is at its lowest"[35].

This argument highlights the question whether the term was used in the Treaty as a synonym for "centre of the main channel", or whether it was used as a term with an independent meaning. I believe that the use of the term "thalweg" in the Treaty was not a use of it in any technical sense but, even if it were so used, it would enure to the benefit of Namibia.

(a) *Applicability of the concept*

59. If the thalweg concept is to be used in interpreting a treaty of 1890, it must first be established that the technicalities associated with the concept were generally recognized at the time. We cannot use the more developed concepts of a later time to interpret a treaty entered into more than a century ago.

The Namibian pleadings assemble 47 authorities who discussed the thalweg concept between 1820 and 1930[36]. These authorities represent a variety of views — that the thalweg should be the boundary in navigable rivers only; that it should be the boundary in all rivers; that it does not

---

[35] Memorial of Botswana, Vol. I, p. 89, para. 205, citing Julius Hatschek, *Outline of International Law*, trans. by C. A. W. Manning, 1930, p. 130.

[36] See Counter-Memorial of Namibia, Vol. II, Ann. 9.

W. C. Ker, dont on a tant parlé, pour avoir une première tentative d'utilisation du Chobe comme moyen de transport. Mais on n'est pas certain que Ker ait en fait vraiment organisé ce service et la Namibie, en répondant à une question du président Schwebel, a déclaré ne pas avoir pu trouver de preuve que W. C. Ker ait jamais en fait transporté du bois d'œuvre par le chenal nord.

57. Voilà pourquoi on ne peut donc pas accorder à la navigation l'importance d'un critère d'appréciation. Je prends note aussi à cet égard de la réponse faite par la Namibie à M. Fleischhauer: la Namibie dit n'avoir pas trouvé une seule mention d'un bateau de quelque type que ce soit qui, à un moment ou à un autre de l'histoire à ce jour, ait jamais emprunté le Chobe sur toute la longueur qui délimite la frontière entre la Namibie et le Botswana.

La possibilité de recourir à la navigabilité pour déterminer où se situe le chenal principal du fleuve est donc limitée.

La notion de thalweg

58. On a beaucoup discuté devant la Cour de l'applicabilité de la notion de thalweg à la présente instance. Pour le Botswana, le thalweg est l'un des critères permettant d'identifier le chenal principal, le thalweg étant défini comme étant «le chenal qui se prête le mieux à la navigation des bateaux qui descendent un cours d'eau en période d'étiage»[35].

Cette thèse met en évidence la question de savoir si le terme était utilisé dans le traité de 1890 comme synonyme de «centre du chenal principal», ou bien s'il revêtait un sens indépendant. Pour moi, le terme «thalweg» utilisé dans le traité ne revêtait en l'occurrence aucun sens technique, mais, quand bien même il en aurait eu un, ce sens aurait joué en faveur de la Namibie.

a) *Applicabilité de la notion*

59. S'il faut recourir à la notion de thalweg pour interpréter un traité conclu en 1890, il faut avant tout s'assurer que les aspects techniques du concept étaient généralement reconnus à l'époque. On ne peut pas se servir de notions complexes mises au point ultérieurement pour interpréter un traité conclu il y a plus d'un siècle.

Dans ses écritures, la Namibie cite 47 auteurs de renom qui ont parlé de la notion de thalweg entre 1820 et 1930[36]. Ces auteurs donnent toute une gamme d'avis: le thalweg ne doit être la frontière que dans les fleuves navigables; ce doit être la frontière dans tous les fleuves; la notion n'est

---

[35] Mémoire du Botswana, vol. I, p. 89, par. 205, citant Julius Hatschek, *Outline of International Law*, traduit par C. A. W. Manning, 1930, p. 130.

[36] Voir contre-mémoire de la Namibie, vol. II, annexe 9.

apply at all; that it means the same as the median line; that it was not a principle that was generally recognized; and that it was a principle which as yet was in the realm *de lege ferenda*. Even the proceedings of the Institute of International Law in 1887 reflect this uncertainty, for De Martens, the Rapporteur for the session concerning international rivers, did not include this provision in his project for the Institute as he said "ce principe n'est pas généralement reconnu"[37].

60. An inference that can be drawn from all of this is that it was not a principle so widely accepted at the time as to vary the natural meaning of the words used in the Treaty.

However, even should the thalweg concept be deemed to be applicable, its implications do not necessarily enure to Botswana's benefit, as shown in the next subsection.

(b) *Implications of the concept*

61. Even if the principle were applicable, there is considerable authority in support of the proposition that the thalweg concept relates not merely to depth but also to the flow or current of the river. Indeed, some authorities would appear to indicate that considerations relating to depth are secondary to those relating to flow or current.

According to Westlake, for example, the thalweg is "the course taken by boats going down stream, which again is that of the strongest current"[38].

L. F. von Neumann, likewise, describes it as "the line that is taken by ships going downstream, more precisely the centre of the downward current"[39].

Other authoritative writing from around the same period may be cited for the same proposition. Fiore, for example, speaks of the line "ou les eaux sont les plus profondes et les plus rapides"[40] — a combination of the concepts of depth and current.

62. It is not difficult to perceive the reason for the blending of depth and current in the concept of the thalweg, for the "downway" as it literally meant, was for boats the path of the strongest current and not necessarily the path of the deepest channel. Of course depth was also

---

[37] IX *Annuaire de l'Institut de droit international* (1887-1888), p. 173.

[38] J. Westlake, *International Law*, Part. I, Peace, 1904, p. 141. Westlake points out that the older authorities had taken the middle line of the river as the true boundary in obedience to the Roman law relating to delimitation of properties, and that the thalweg was thought to have been first proposed at the Congress of Rastatt (1798-1799).

[39] L. F. von Neumann, *Grundriss Des Heutigen Europäischen Völkerrechtes*, 3rd ed., 1885, p. 45 (trans.).

[40] Pasquale Fiore, *Le droit international*, trans. from the Italian by A. Chrétien, 1890, p. 205. A later edition accentuates the consideration of flow by defining the thalweg as determined by "the median line of the current and following precisely the course of water with the most rapid flow" (1911 ed., p. 503, trans. by C. Antoine).

pas du tout applicable; elle a le même sens que la ligne médiane; ce n'est pas un principe généralement reconnu; ou bien c'est un principe qui relève encore *de lege ferenda*. Et l'on trouve un écho de cette incertitude dans les actes de l'Institut de droit international, en 1887, quand De Martens, le rapporteur de la section consacrée aux voies d'eau internationales, n'a pas pris la notion en compte dans son projet car, disait-il, «ce principe n'est pas généralement reconnu»[37].

60. On peut déduire de tout ce qui précède que la notion de thalweg ne représentait pas un principe assez largement accepté à l'époque pour modifier le sens normal des termes utilisés dans le traité.

Quoi qu'il en soit, même si cette notion de thalweg était censée être applicable, ses incidences ne joueraient pas nécessairement en faveur du Botswana, comme je vais le montrer ci-après.

b) *Incidences de la notion*

61. Même si le principe était applicable, les experts sont très nombreux à dire que la notion de thalweg porte non seulement sur la profondeur mais aussi sur le débit ou le courant du fleuve. Pour certains d'entre eux d'ailleurs, les considérations de profondeur passent même après les considérations de débit ou de courant.

D'après Westlake, par exemple, le thalweg est «la voie empruntée par les bateaux qui descendent la rivière, c'est-à-dire, là encore, celle où le courant est le plus fort»[38].

L. F. von Neumann, de même, définit le thalweg comme «la ligne suivie par les navires descendant le fleuve, plus précisément le centre du courant descendant»[39].

D'autres experts qui sont publiés à peu près à la même époque sont également à citer: Fiore, par exemple, parle de la ligne «où les eaux sont les plus profondes et les plus rapides»[40] associant ainsi les notions de profondeur et de courant.

62. Il n'est pas difficile de percevoir la raison pour laquelle il faut associer profondeur et courant dans la notion de thalweg, car la voie de la «descente», son sens littéral, était pour les bateaux la voie du courant le plus fort et non pas nécessairement la voie du chenal le plus profond.

---

[37] *Annuaire de l'Institut de droit international* (1887-1888), vol. IX, p. 173.

[38] J. Westlake, *International Law*, première partie, Peace, 1904, p. 141. Westlake fait observer qu'autrefois, les spécialistes considéraient que la ligne du milieu du fleuve était véritablement la frontière, conformément au droit romain concernant la délimitation des biens fonciers, et que le thalweg aurait été proposé pour la première fois au congrès de Rastatt (1798-1799).

[39] L. F. von Neumann, *Grundriss Des Heutigen Europäischen Völkerrechtes*, 3^{e} ed., 1885, p. 45 *[traduction du Greffe]*.

[40] Pasquale Fiore, *Le Droit International*, traduit de l'italien par A. Chrétien, 1890, p. 205. Une édition ultérieure souligne l'idée de débit car le thalweg est la ligne déterminée par «la partie médiane du courant et précisément suivant le cours de l'eau qui se meut avec le plus de rapidité» (édition de 1911, p. 503, traduction de C. Antoine).

an important ingredient in the complex of factors that produced the strongest current.

63. There is significance also in the fact that the line it represented was the line of the "downway", i.e., for ships that went down the river, and therefore those in maximum need of using the maximum current. By contrast, ships going up the river needed the slowest current to fight against — a point very clearly made by Westlake[41].

64. In the case of the two channels of the Chobe, it is clear that the southern channel is not by any means to be disregarded from the point of view of its use for shipping. Those who operate boats on rivers know best the channels which suit them for downward navigation. The number of boats using the southern channel appears to exceed by far the number of those using the northern channel. Boatmen would know best which is the swiftest channel for this, and it is no accident that so many of them choose the southern channel.

Judged by this test as well, the southern channel has a very good claim to being regarded as the main channel of the Chobe.

It is not without significance also that, while the tourist boats use the southern channel almost exclusively, some of the boats returning from Kasane use the northern channel[42] — an indication that the current in that channel is the slow channel that is suitable for up-river navigation.

65. Another factor to be borne in mind is that mean depth cannot be the only criterion for navigability. A river which has very great depth along a very narrow channel would be quite unsuitable for navigation if the sides of that deep channel rise very steeply to present very shallow levels outside the narrow crevice of greatest depth. Boats, especially broad-bottomed boats, would not be able to use such a channel, however deep it might be. As Namibia has observed in its Counter-Memorial, "Passage through a channel is controlled by the point of minimum depth, because all craft must clear that point to traverse the channel."[43]

66. There are obstacles of this nature in the way of free use of the northern channel — in particular the sand bar at its entrance. By way of contrast, the entire length of the southern channel is of sufficient depth to accommodate the flat-bottomed boats that use it at all times of the year. Nor does the southern channel dry out during the dry season, if one has regard to the calculations of Professor Alexander[44].

---

[41] Westlake, *supra*, p. 141; see also p. 33, fn. 103, of Counter-Memorial of Namibia.

[42] Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, p. 19, para. 45.

[43] *Ibid*,. para. 46.

[44] *Ibid.*, p. 20, para. 47. See Supp. Rep, sec. 12.

Bien entendu, la profondeur jouait également un rôle important dans l'ensemble de facteurs d'où le courant le plus fort est issu.

63. Il faut aussi accorder de l'importance au fait que la ligne représentée est la ligne de la «descente», c'est-à-dire celle des navires qui descendent vers l'aval du fleuve, ceux qui ont besoin au plus haut point d'exploiter le courant maximum. Par opposition, les navires qui se dirigent vers l'amont du fleuve doivent remonter le courant le plus faible — conclusion que Westlake formule très clairement[41].

64. S'agissant des deux chenaux du Chobe, il est clair qu'il ne faut nullement faire abstraction du chenal sud quand il est question d'exploiter le fleuve à des fins de navigation. Les exploitants des fleuves savent parfaitement quel chenal il convient d'utiliser pour descendre le cours d'eau. Or, le nombre de bateaux empruntant le chenal sud paraît être très supérieur au nombre de bateaux empruntant le chenal nord. Les exploitants sont les mieux placés pour savoir quel est le chenal le plus rapide, et ce n'est pas un hasard si les bateliers sont si nombreux à choisir le chenal sud.

A en juger également par ce critère, le chenal sud devient alors un excellent concurrent au rang de chenal principal du Chobe.

Il n'est pas indifférent non plus de constater que, si les bateaux transportant des touristes empruntent à peu près exclusivement le chenal sud, certains des bateaux empruntent le chenal nord quand ils reviennent de Kasane[42] — ce qui indique que, dans ce chenal, le courant est lent et se prête à la remontée du fleuve.

65. Il ne faut pas oublier non plus que la profondeur moyenne ne peut pas être le seul critère de navigabilité. Un fleuve très profond le long d'un chenal très étroit se prêterait fort mal à la navigation si les rives de ce chenal profond sont très abruptes et que leur rebord est très peu profond de part et d'autre du fossé étroit qui est particulièrement profond. Les bateaux, notamment les bateaux à fond plat, ne pourraient pas emprunter ce chenal, aussi profond qu'il soit. Comme le fait observer la Namibie dans son contre-mémoire, «le passage par un chenal est fonction de son point le moins profond, car toute embarcation doit pouvoir franchir ce point pour traverser le chenal»[43].

66. Des obstacles de cette nature empêchent d'utiliser librement le chenal nord — en particulier la barre sablonneuse à l'entrée du chenal. Par opposition, le chenal sud est sur toute sa longueur assez profond pour accueillir les bateaux à fond plat qui l'empruntent toute l'année, en toute saison. En outre, le chenal sud ne s'assèche pas complètement pendant la saison sèche, si l'on tient compte des calculs du professeur Alexander[44].

---

[41] Westlake, *supra*, p. 141; voir également contre-mémoire de la Namibie, p. 33, note 103.

[42] Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 19, par. 45.

[43] *Ibid.*, par. 46.

[44] *Ibid.*, p. 20, par. 47. Voir rapport supplémentaire, section 12.

The Scientific Evidence

67. If the term "main channel" had been used in a contemporary treaty, and we were seeking the true meaning of that term, scientific evidence on such matters as depth, volume, breadth, and flow would help us considerably. But the Treaty under examination is over a century old and, even if depth, volume, breadth and flow had been constant over the years, modern scientific criteria are not the indicia appropriate for determining what was commonly understood to be the main channel a hundred years ago.

I hence have considerable difficulty in reaching a definitive conclusion based upon the scientific evidence in this case.

68. In the first place, it is extremely complex and, considered in its totality, contains opposing views by equally credible and competent experts in the various fields covered. A plausible case can be made out for either viewpoint using the data furnished to the Court, and this leaves one none the wiser in the midst of all this expert information.

69. Secondly, I have grave doubts that the problem before the Court can in any event be resolved by scientific evidence. The question we are faced with is the meaning of an expression used by the Parties, which meaning has to be gathered not from quantitative statistics of volume and flow and depth, but rather from the Parties' own understanding at the time of the apparently simple language used in the Treaty. This was a non-technical understanding, not dependent upon expert scientific opinion or precise quantitative data.

70. Thirdly, even if the scientific evidence were applicable, it would be legal criteria that would determine which aspect if any of the vast amount of scientific data placed before the Court would be determinative. There are no clear cut legal principles for determining this which are sufficient to outweigh the principles of interpretation discussed already.

71. Fourthly, there is no definite principle for a ranking order among the various scientific criteria offered. Among these criteria are capacity (i.e, amount of flow), velocity of flow, mean depth, and depth at the shallowest point. It is not scientific principle but non-scientific factors that would determine the choice of the governing criterion. Moreover, one gets a different result depending on which criterion one employs.

Cartographic Evidence

72. There is support to be gained from the maps of the two administrations for the view that the understanding of the Treaty in the period succeeding the time of its execution was to the effect that the operative

Les éléments de preuve scientifiques

67. Si l'expression «chenal principal» avait été utilisée dans un traité contemporain et que nous devions en établir le sens authentique, des moyens de preuve scientifiques sur la profondeur, par exemple, le volume, la largeur, le débit nous aideraient considérablement. Mais le traité à l'étude a plus de cent ans et même si la profondeur, le volume, la largeur et le débit sont demeurés les mêmes dans le temps, les critères scientifiques modernes ne sont pas les instruments appropriés pour établir ce qui représentait aux yeux de tous le chenal principal il y a cent ans.

J'ai par conséquent beaucoup de mal à formuler une conclusion définitive qui se fonde en l'espèce sur des moyens de preuve scientifiques.

68. En premier lieu, le cas de figure est extrêmement complexe et, vu dans son ensemble, fait appel à des avis opposés de la part d'experts également fiables et compétents dans les divers domaines à explorer. D'après les données communiquées à la Cour, il est possible de défendre de façon plausible les deux thèses, ce qui ne manque pas de créer la perplexité en dépit de tous les renseignements apportés par les experts.

69. En deuxième lieu, je doute beaucoup que le problème porté devant la Cour puisse de toute façon être résolu par des moyens scientifiques. Nous sommes confrontés à la question de savoir quel est le sens d'une expression utilisée par les Parties, et il faut établir ce sens non pas à l'aide de statistiques quantitatives concernant le volume, le débit, la profondeur, mais plutôt grâce à la façon dont les Parties comprenaient elles-mêmes à l'époque le langage apparemment simple qui est utilisé dans le traité. Il s'agissait d'une interprétation non technique, qui n'était pas tributaire d'un avis scientifique d'expert ni de données quantitatives précises.

70. En troisième lieu, même s'il était possible d'utiliser des moyens de preuve scientifiques, ce serait par des critères juridiques qu'il faudrait déterminer quel aspect, le cas échéant, de la masse de données scientifiques présentées à la Cour devrait être déterminant. Or, il n'existe pas de principes juridiques parfaitement définis à utiliser en l'occurrence qui prendraient le pas sur les principes d'interprétation déjà examinés.

71. En quatrième lieu, il n'existe pas de principe précis permettant d'établir un ordre de priorité parmi les divers critères scientifiques proposés: le volume (c'est-à-dire l'importance du débit), la rapidité du débit, la profondeur moyenne, et la profondeur au point le plus proche de la surface. Ce n'est pas un principe scientifique mais des éléments non scientifiques qui vont déterminer le choix du critère décisif. En outre, on aboutit à des résultats différents en fonction du critère retenu.

Les éléments de preuve cartographiques

72. Les cartes des deux administrations étayent l'idée qu'à l'époque qui suit la mise en vigueur du traité, on comprenait celui-ci comme ayant pour effet que le bras du fleuve constituant la frontière était celui qui

branch of the river was that which placed the Island within Namibian territory. Indeed, the Court has found[45] that maps published subsequently to the 1890 Treaty, in so far as they showed the boundary at all, for a number of years placed the boundary in the southern channel. The 1933 Bechuanaland map and the 1949 South African map are among these.

73. Maps can of course carry varying degrees of weight depending on their authorship and the circumstances in which they were made. Moreover, the scale of the maps is often so small as not to show clearly the particular area which is the subject of the dispute, while other maps which are sufficiently large can indicate the area of dispute in sufficient detail.

Of the 16 maps in Namibia's atlas, some are too small in scale to show Kasikili/Sedudu Island, but 12 are large enough to show the Island and they all show the Island as Namibia's, in the sense that they show the southern channel as the international boundary.

It is significant that among the maps showing the southern channel as the border are several sketch maps of the Bechuanaland Protectorate published by the British Colonial Office from 1912 to 1914 — a fact admitted by Botswana in its Memorial[46] — and referred to in Namibia's Counter-Memorial[47].

Of the 19 Colonial Office reports containing maps, 15 show the boundary on the south side of the Chobe and four on the north side.

74. The arithmetical preponderance is not so important as the fact that not in any of these maps — leave alone the majority — are the boundaries indicated in such a manner as to leave the disputed territory within the boundaries of the other State. This is scarcely consistent with the position that the Treaty was intended to treat the northern channel as the main channel. Rather, this statistic supports the view that the understanding of the Treaty was certainly not such as to place the Island in question within the territory of Bechuanaland — in other words that the understanding of Parties was that the main channel was the southern channel. Prominent among the British maps is the official British map of 1933 used up to 1965, one year before independence, which shows the Island within the Caprivi Strip[48].

75. Namibia likewise has the advantage of a number of official maps on the German side also indicating the southern channel as the boundary. Among these are Seiner's map, the principal large-scale map used by German officials in Berlin and in the field, from its publication until the

---

[45] Judgment, para. 85.

[46] Memorial of Botswana, Vol. I, paras. 270-272.

[47] Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, p. 63, para. 141.

[48] Map GSGS 3915 of 1933, Namibia Atlas Map IX; see also, Memorial of Namibia, Vol. I, p. 125, para. 305.

situait l'île en territoire namibien. D'ailleurs, la Cour a constaté[45] que les cartes publiées après la conclusion du traité de 1890, lorsqu'elles figuraient la frontière, l'ont placée pendant un certain nombre d'années dans le chenal sud. La carte du Bechuanaland de 1933 et la carte d'Afrique du Sud de 1949 sont au nombre de ces cartes.

73. Bien entendu, les cartes revêtent plus ou moins d'autorité suivant leur origine et les conditions dans lesquelles elles ont été établies. En outre, leur échelle est souvent si petite qu'elles ne montrent pas toujours clairement la région qui fait l'objet du différend alors que d'autres cartes sont assez grandes pour indiquer la zone litigieuse assez en détail.

Sur les seize cartes de l'atlas de la Namibie, certaines sont justement d'une échelle trop faible pour montrer l'île de Kasikili/Sedudu, mais douze d'entre elles sont assez grandes pour que l'île y figure et elles montrent toutes que l'île fait partie de la Namibie, en ce sens qu'elles indiquent que c'est le chenal sud qui est la frontière internationale.

Il importe de constater que, parmi les cartes qui situent la frontière dans le chenal sud, figurent plusieurs cartes en forme de croquis du protectorat du Bechuanaland qui ont été publiées par le ministère britannique des colonies entre 1912 et 1914 — un fait que le Botswana admet dans son mémoire[46] et cité dans le contre-mémoire de la Namibie[47].

Sur les dix-neuf rapports du ministère des colonies qui contiennent des cartes, quinze d'entre elles situent la frontière du côté de la rive sud du Chobe et quatre, du côté de la rive nord.

74. Le poids de l'arithmétique n'a pas autant d'importance que le fait que, dans aucune de ces cartes — pas seulement dans celles qui constituent la majorité — les frontières ne sont indiquées de façon à situer le territoire litigieux à l'intérieur de l'autre Etat. Voilà qui est fort peu compatible avec l'idée que le traité visait à faire du chenal nord le chenal principal. Cette statistique étaye plutôt l'idée que le traité n'était certainement pas interprété comme situant l'île en question dans le territoire du Bechuanaland — c'est-à-dire que les Parties l'interprétaient comme situant le chenal principal dans le chenal sud. Il faut surtout retenir parmi les cartes britanniques la carte officielle de 1933 utilisée jusqu'en 1965, un an avant l'indépendance, qui figure l'île dans la bande de Caprivi[48].

75. De même, la Namibie bénéficie d'un certain nombre de cartes officielles du côté allemand qui, elles aussi, situent la frontière dans le chenal sud. Il convient de citer notamment la carte de Seiner, la carte principale à grande échelle que les fonctionnaires allemands ont utilisée à Berlin et

---

[45] Arrêt, par. 85.

[46] Mémoire du Botswana, vol. I, par. 270-272.

[47] Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 63, par. 141.

[48] Carte GSGS 3915 de 1933, carte IX de l'atlas de la Namibie; voir également mémoire de la Namibie, vol. I, p. 125, par. 305.

end of German rule in Namibia[49]. It was sent by Germany to the British Foreign Office during the 1909-1914 negotiations relating to the southern boundary of the Caprivi Strip. The boundary is there shown placing Kasikili Island very clearly on the Namibian side. So, also, is the case with von Frankenberg's map[50]. Adding to the weight of these maps is the South African Official Map of 1949[51], the principal map used by South Africa until Namibian independence.

76. The cartographic evidence thus seems to me to be in favour of the Namibian position, and of the contemporaneous understanding of the Parties, as outlined earlier in this opinion.

Equitable Navigational Use of Boundary Rivers

77. It is an important principle of riparian law that equitable factors also play a significant role in determining riparian boundaries, where there is room for a difference of opinion[52].

One of the principal uses of rivers is navigation and transport and the need especially to use rivers for transportation downstream. That was probably the rationale underlying the thalweg principle, already referred to in this opinion.

There is another factor as well that is relevant to this aspect. Since the vast bulk of the tourist traffic, which is the most vital traffic carried on either channel, uses the southern channel, this is a substantial source of revenue to both countries.

A riparian boundary is meant to afford to both riparian States equal use and benefit from the boundary river. If the boundary is decided to be the channel which is not suited to carry the bulk of the vessels using the river, both States would not be able to use the river equitably. To hold in the present case that the northern channel is the boundary would, by denying Namibia the use of the southern channel, cause far greater loss to Namibia than the loss that would ensue to Botswana if the southern channel were held to be the boundary, in which case Botswana would be denied only the use of the northern channel which is comparatively of far less value.

---

[49] Memorial of Namibia, Vol. I, p. 121, para. 294; see also Counter-Memorial of Namibia, p. 69, para. 155.

[50] Memorial of Namibia, Vol. I, p. 123, paras. 298-299; Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, p. 70, para. 156.

[51] Counter-Memorial of Namibia, Vol. I, p. 75, para. 162.

[52] On the "overwhelming support of the international community" for the doctrine of equitable utilization and the limitations of territorial sovereignty in relation to riparian boundaries, see M. Fitzmaurice, in *Legal Visions of the 21st Century*, Anthony Anghie and Garry Sturgess (eds.), 1998, pp. 428-436.

sur le terrain depuis la date de sa publication jusqu'à la fin de la présence allemande en Namibie[49]. L'Allemagne a adressé cette carte au ministère des affaires étrangères britannique (Foreign Office) au cours des négociations de 1909-1914 concernant la frontière sud de la bande de Caprivi. Sur cette carte, la frontière situe très clairement l'île de Kasikili en territoire namibien. Il en va de même avec la carte de von Frankenberg[50]. Et il en va de même encore avec la carte officielle d'Afrique du Sud de 1949[51], c'est-à-dire la carte principale que l'Afrique du Sud a utilisée jusqu'à l'indépendance de la Namibie.

76. Les moyens de preuve cartographiques me paraissent donc être favorables à la position de la Namibie, et conforter la façon dont les Parties ont compris le traité à l'époque de sa conclusion, comme je l'ai dit plus haut dans la présente opinion.

L'utilisation équitable des fleuves frontières aux fins de la navigation

77. C'est un principe important du droit des voies d'eau que des facteurs d'équité jouent eux aussi un rôle de premier plan dans la détermination des frontières fluviales dès lors qu'il peut y avoir divergence d'opinion à cet égard[52].

Les cours d'eau sont principalement utilisés pour la navigation, pour le transport, et parce qu'on a tout particulièrement besoin de les emprunter pour descendre jusqu'à leur embouchure. C'est probablement de là que procède le principe du thalweg, dont j'ai déjà parlé.

Mais il existe un autre facteur qui est pertinent à cet égard. Comme la grande majorité de la circulation des touristes, c'est-à-dire de la circulation la plus importante sur les deux chenaux, emprunte le chenal sud, il y a là une source de recettes qui intéresse fortement les deux pays.

Une frontière fluviale est censée donner aux deux Etats riverains la possibilité d'exploiter le fleuve frontière sur un pied d'égalité et d'en tirer les mêmes profits. S'il est décidé que la frontière se situe dans le chenal ne convenant pas à la circulation de la grande majorité des bateaux utilisant le fleuve, les deux Etats ne seront pas en mesure d'exploiter équitablement le fleuve. Décider en l'espèce que c'est le chenal nord qui constitue la frontière va, en privant la Namibie de l'utilisation du chenal sud, causer à la Namibie une perte beaucoup plus grande que celle que subirait le Botswana s'il était décidé que c'est le chenal sud qui est la frontière, auquel cas le Botswana serait privé uniquement de l'utilisation du chenal nord, lequel est relativement beaucoup moins intéressant.

---

[49] Mémoire de la Namibie, vol. I, p. 121, par. 294; voir également contre-mémoire de la Namibie, p. 69, par. 155.

[50] Mémoire de la Namibie, vol. I, p. 123, par. 298-299; contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 70, par. 156.

[51] Contre-mémoire de la Namibie, vol. I, p. 75, par. 162.

[52] Sur le «soutien écrasant de la communauté internationale» pour la doctrine de l'utilisation équitable et des limitations de la souveraineté territoriale en ce qui concerne les frontières fluviales, voir M. Fitzmaurice, dans *Legal Visions of the 21st Century*, Anthony Anghie et Garry Sturgess, dir. de publ., 1998, p. 428-436.

This important use of the river must be equitably shared by both riparian States. This use is particularly essential to the economy of both countries. As Namibia informed the Court at the oral hearings[53], tens of thousands of tourists from all over the world come to Namibia to visit its game parks, and the same is no doubt true of Botswana. The use of the southern channel to observe the wildlife on Kasikili/Sedudu Island would be a natural and important part of the agenda of the tourists in both countries.

78. The evidence we have before us indicates that the vast majority of tourist vessels — including the redoubtable *Zambezi Queen* — do not use the northern channel. Most of them use the southern one. Apart from this being a strong indication of the thalweg being in the southern channel, it also raises the equitable consideration that both riparian States should have an equal right to use this main navigational route. To consider the northern channel to be the main channel is to deprive Namibia of the valuable use of this southern channel which is capable of taking all the traffic which the northern channel cannot take. On the other hand, if the southern channel is considered the boundary, both States would have equal use of this main means of navigation. The loss or inconvenience to Botswana in not having the free use of the northern channel would be comparatively minor as compared to the loss to Namibia if it could not use the southern channel.

The principal loss and inconvenience to Botswana would be not in regard to navigation, but in regard to the tourism and preservation of wildlife which would ensue from the fact that the teeming wildlife on the Botswana side has habitually crossed over to the Island and that the Island is in a sense an integral part of this wildlife preserve. This aspect is considered in Part B of this opinion.

Conclusion Regarding the "Main Channel"

79. My conclusion is therefore that the southern channel must be regarded as the main channel for the purposes of the 1890 Treaty. This would leave Kasikili/Sedudu Island *de jure* within the territory of Namibia.

Having reached this conclusion, I am obliged to examine certain consequential legal questions which would arise from such a decision. They do not arise in this form in the context of the Court's Judgment, but need to be examined in this opinion as a necessary consequence of my conclu-

---

[53] CR 99/10, p. 15, para. 18.

Cette utilisation importante du fleuve doit être équitablement partagée par les deux Etats riverains. Et cette utilisation est fondamentale pour l'économie des deux pays. Comme la Namibie l'a dit à la Cour lors de la procédure orale[53], des dizaines de milliers de touristes viennent du monde entier en Namibie pour se rendre dans ses parcs animaliers, et il en va certainement de même du Botswana. Utiliser le chenal sud pour voir la faune sur l'île de Kasikili/Sedudu figurera naturellement en très bonne place sur le programme des touristes dans les deux pays.

78. Les éléments de preuve dont nous sommes saisis indiquent que la grande majorité des bateaux de touristes — y compris le redoutable *Zambezi Queen* — n'empruntent pas le chenal nord. La plupart d'entre eux empruntent le chenal sud. Mis à part le fait que nous avons là un signe manifeste que le thalweg se situe dans le chenal sud, l'indication prête également à une considération d'équité, qui est que les deux Etats riverains doivent pouvoir exercer sur un pied d'égalité le droit d'utiliser cette voie qui est la principale voie de navigation. Décider que c'est le chenal nord qui est le chenal principal revient à priver la Namibie de la précieuse possibilité d'utiliser le chenal sud qui peut supporter toute la circulation que le chenal nord ne peut pas supporter. En revanche, s'il est décidé que la frontière se situe dans le chenal sud, les deux Etats pourront utiliser sur un pied d'égalité cette voie de navigation qui est la voie principale. La perte ou l'inconvénient que le Botswana subit parce qu'il ne peut plus utiliser librement le chenal nord sera relativement mineur par rapport à la perte que subit la Namibie si celle-ci ne peut plus utiliser le chenal sud.

La perte et l'inconvénient subis par le Botswana ne concerneront pas pour l'essentiel la navigation, mais concerneront le tourisme et la préservation de la faune: la perte et l'inconvénient s'expliqueront par le fait que certains éléments de l'abondante faune habitant la rive botswanaise ont l'habitude de traverser le fleuve pour gagner l'île et que celle-ci fait en un certain sens partie intégrante de la réserve animalière. C'est cet aspect du problème qui est étudié dans la partie B de la présente opinion.

Conclusion concernant «le chenal principal»

79. Ma conclusion est par conséquent qu'il faut considérer le chenal sud comme étant le chenal principal aux fins du traité de 1890. Dans ces conditions, l'île de Kasikili/Sedudu fait *de jure* partie du territoire de la Namibie.

Ayant abouti à cette conclusion, je suis tenu d'examiner certaines questions juridiques qui se posent nécessairement à la suite de pareille décision. Ces questions ne se posent pas sous cette forme dans le cadre de l'arrêt de la Cour, mais il faut les examiner dans la présente opinion parce

---

[53] CR 99/10, p. 15, par. 18.

sion that the southern channel is the main channel. These legal questions are examined in Part B of this opinion.

PART B

Introduction

80. Having arrived at my conclusion that the main channel is the southern one, and hence that Kasikili/Sedudu Island must be considered part of Namibian territory, I now address a resultant question which will confront international law with increasing intensity in the future — the tension between principles of territorial sovereignty and principles of ecological protection which involve a fiduciary responsibility towards the ecosystems of the States concerned.

The teeming wildlife of this area makes it one of the prized game parks of Africa. Its protection is a matter of international concern which cannot be permitted to recede from view in the midst of conflicting claims of the contending Parties. This raises in pointed form the scope of judicial responsibility when environmental issues straddle the boundaries demarcated by the Court.

Indeed, this aspect was addressed in the pleadings, and it was argued on behalf of Botswana that

> "if the Court were to rule in favour of Namibia, the decision would immediately remove the Island from the range of the wildlife, as they would be hunted down on the Island, as was done in the rest of the Caprivi. Thus, in the interest of conservation, and for all the other reasons to be advanced by Botswana in this case . . . the Court should rule in favour of Botswana. By so doing, the Court would make a clear statement on conservation to all mankind, including Namibians."[54]

The circumstance referred to does not *per se* amount to a ground for ruling in favour of Botswana, but it does raise a serious consideration which cannot be ignored.

81. My finding that the Island falls within Namibian territory thus requires me to address this argument, having regard to the compelling weight which modern international law attaches to environmental considerations, reinforced as it is by such conventions as the 1992 Convention on Biological Diversity (the Biodiversity Convention) signed and ratified by both Parties to this case, and other conventions such as the Convention on International Trade in Endangered Species (CITES), and the 1971 Convention on Wetlands of International Importance Especially

---

[54] CR 99/6, p. 22.

qu'elles sont la conséquence nécessaire de ma conclusion, qui est que le chenal sud est le chenal principal. J'étudie ces questions juridiques dans la partie B ci-après.

PARTIE B

Introduction

80. Ayant donc abouti à la conclusion que le chenal principal est le chenal sud, et par conséquent que l'île de Kasikili/Sedudu doit être considérée comme faisant partie du territoire namibien, j'aborde à présent une question qui découle de cette conclusion et qui va se poser en droit international avec une force croissante à l'avenir — s'agissant de la tension qui va s'exercer entre les principes de la souveraineté territoriale et les principes de la protection écologique qui font appel à une responsabilité fiduciaire à l'égard des écosystèmes des Etats intéressés.

L'abondance de la faune dans la région en cause en fait un des parcs animaliers les plus prisés d'Afrique. Protéger cette région relève d'une préoccupation internationale qu'il faut s'interdire de perdre de vue face aux revendications opposées des Parties. D'où la portée de la responsabilité judiciaire quand des questions d'environnement se posent de part et d'autre des frontières tracées par la Cour.

D'ailleurs, la question a été évoquée au cours de la procédure orale, le Botswana soutenant que:

> «si la Cour devait se prononcer en faveur de la Namibie, cette décision aurait pour effet immédiat de faire disparaître les espèces sauvages de l'île, car elles y seraient chassées comme elles l'ont été dans le reste du Caprivi. Ainsi, dans l'intérêt de la conservation et pour toutes les autres raisons avancées par le Botswana en l'espèce ... la Cour devrait se prononcer en faveur du Botswana. Ce faisant, la Cour adresserait à toute l'humanité, y compris aux Namibiens, un message clair relatif à la conservation.»[54]

Le cas de figure évoqué ne constitue pas en soi un motif valable incitant à statuer en faveur du Botswana, mais il soulève une idée grave qui ne peut être ignorée.

81. Du moment que je situe l'île en territoire namibien, je me vois tenu d'examiner l'argument, d'autant que le droit international moderne attache un poids déterminant aux considérations environnementales, car il se trouve désormais renforcé par des conventions comme la convention de 1992 sur la diversité biologique (dite convention sur la biodiversité) qui a été signée et ratifiée par les deux Parties en la présente affaire et certaines autres conventions comme la convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (conven-

---

[54] CR 99/6, p. 22.

as Waterfowl Habitat (Ramsar Convention). The problem adverted to by Botswana is one which can be suitably addressed in the light of the great progress that has been made by modern international law in the structuring of joint régimes for the conservation of environmentally important sites.

The fact that the entity to be preserved is a "common heritage" or at least a "common concern"[55] of humankind, reinforces the judicial duty in this regard — a duty which naturally reaches further than that of surveyors and cartographers who depict stipulated geographical features on the ground.

International law is now in too mature a state of development to carry out its tasks of boundary delimitation in mechanical fashion. It cannot interpret and apply a boundary treaty *in abstracto*, an approach which may have been possible in an earlier age. In the environmental field, the growing recognition of world heritage values prevents such a rigid attitude from being followed.

82. The present case offers us an instance of a situation which is likely to come before the courts more often in the future. The evolution of legal guidelines for such situations is not a venture into new legal territory, for many precedents already exist. I see it as inevitable that the future will bring before international tribunals other situations as well in which there are interests of a universal nature which need to be preserved, and where two or more States may need to co-operate to ensure that some important aspect of the universal heritage of humanity is not diminished.

83. As we enter an era in which active co-operation, rather than passive co-existence, becomes a keynote concern of international law, it is inevitable that such concerns will receive increasing judicial consideration. It helps in this case that the Court is required to decide "on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 *and the rules and principles of international law*" (emphasis added) the question of the true boundary between Botswana and Namibia in the disputed area of the Caprivi Strip. The "rules and principles of international law" comprise well-recognized principles of environmental law which cannot be ignored.

It is significant, moreover, that the Court is asked to determine not merely the *boundary* between Namibia and Botswana, but also *the legal status of the Island*. This enables the Court to create a special legal régime for the Island, should it choose to do so — an aspect that becomes especially important in the event of a finding that the Island belongs to Namibia.

---

[55] See Biodiversity Convention, 1992, Preamble, para. 3.

tion CITES) et la convention de 1971 relative aux zones humides d'importance internationale, particulièrement comme habitat de la sauvagine (convention Ramsar). Il est aujourd'hui possible de bien s'atteler à la solution du problème évoqué par le Botswana grâce aux progrès qu'a réalisés le droit international moderne avec la mise en place de régimes conjoints consacrés à la conservation de sites importants du point de vue écologique.

Le fait que l'entité à préserver est un «patrimoine commun» ou tout au moins «une préoccupation commune»[55] de l'humanité, renforce l'obligation judiciaire à cet égard — obligation qui, bien entendu, va plus loin que celle des géomètres et des cartographes qui reproduisent les particularités géographiques relevées sur le terrain.

Le droit international a aujourd'hui atteint un stade de développement tel qu'il ne peut pas s'acquitter de façon mécanique de ses tâches de délimitation de frontière. Il ne peut pas interpréter et appliquer un traité frontalier *in abstracto*, approche qui eut peut-être été praticable plus tôt. Dans le domaine de l'environnement, la reconnaissance constamment plus étendue des valeurs du patrimoine mondial empêche d'adopter une attitude aussi rigide.

82. La présente instance nous apporte un cas de figure dont les tribunaux auront de plus en plus souvent à connaître. Le juriste n'a pas en l'occurrence à s'aventurer en terre inconnue pour établir de nouvelles règles, car il existe déjà de nombreux précédents. Mais il est, je crois, inévitable que les tribunaux internationaux se trouvent à l'avenir saisis d'autres cas de figure mettant également en cause des intérêts de caractère universel qu'il faut préserver, et dans lesquels deux Etats au moins auront à coopérer pour qu'il ne soit pas porté atteinte à un aspect important du patrimoine universel de l'humanité.

83. Nous entrons dans une ère où la coopération active plutôt que la coexistence passive devient une préoccupation centrale du droit international, et il est donc inévitable que ces préoccupations retiennent de plus en plus l'attention du juge. Il est utile en l'espèce que la Cour soit priée de déterminer «sur la base du traité anglo-allemand du 1^er^ juillet 1890 et des *règles et principes du droit international*» (les italiques sont de moi) quelle est véritablement la frontière entre le Botswana et la Namibie dans la région contestée de la bande de Caprivi. Les «règles et principes du droit international» comprennent des principes largement reconnus du droit environnemental qu'il n'est pas possible d'ignorer.

Il importe en outre que la Cour soit priée de déterminer non pas simplement la *frontière* entre la Namibie et le Botswana, mais aussi *le statut juridique de l'île*. Cela permet à la Cour de créer un régime juridique spécial pour l'île si telle est sa décision — point qui devient particulièrement important au cas où la Cour dirait que l'île appartient à la Namibie.

---

[55] Voir convention sur la biodiversité, 1992, préambule, 3^e^ alinéa.

84. We are here dealing with the protection and enjoyment of a unique part of the world's wildlife heritage which, from all that we have heard in the course of the case, represents a remarkable place of congregation of a rich variety of wildlife — a place where they meet and feed and breed. In the words of Professor Alexander:

> "There are very few wildlife areas in southern Africa where such a variety of game and bird life can be seen from such close quarters as along the southern channel of the Chobe river at Kasikili Island."[56]

He also confirms the statement in the Botswana Memorial that "[t]he grazing on the island is excellent and there is a daily elephant migration to the island"[57]. Such places are critical to the maintenance of biodiversity which, as the Biodiversity Convention has proclaimed is, if not a common heritage of humankind, at least a common concern of humankind.

85. The aspect I am now addressing brings to the forefront some vital legal issues relevant to the delimitation of boundaries. I shall deal with four of them in the following order:

1. The function of the Court when delimitation of a boundary line involves the dismantling or division of an ecologically integral unit of biodiversity.

2. The role of equity in the practical problems attendant on delimitation.

3. The relevance of the distinction, if any, between colonial treaties that specifically designate boundaries and colonial treaties indicating spheres of influence.

4. The notion of joint régimes over ecologically vital portions of territory which, despite the ecological unity of the territory, straddle national borders.

I shall proceed to consider these in the order in which I have designated them.

1. Judicial Responses to a Boundary Delimitation Which Involves Dismantling or Dividing an Ecologically or Culturally Integral Unit

86. The fact that a unique natural preserve, or a treasured cultural site, or a sacred area which needs to be preserved in its full integrity, straddles

---

[56] Counter-Memorial of Namibia, Vol. III, p. 34, para. 11.9.

[57] *Ibid.*, para. 11.2; Memorial of Botswana, Vol. I, p. 14, para. 32.

84. Nous avons ici affaire à la protection d'un élément exceptionnel du patrimoine animalier du monde et au plaisir que l'on peut y prendre: d'après tout ce que nous avons entendu dire pendant le déroulement de l'instance, il s'agit d'un endroit extraordinaire où se rassemblent de multiples espèces — un endroit où elles se réunissent, s'alimentent, se reproduisent. Comme le dit le professeur Alexander:

> «Il y a très peu de régions habitées par la faune en Afrique australe où l'on puisse observer de si près autant d'animaux et d'oiseaux que lorsqu'on se trouve dans le chenal sud du Chobe, à la hauteur de l'île de Kasikili.»[56]

Le même auteur confirme ce que dit le Botswana dans son mémoire: «les pâturages y sont excellents [sur l'île] et des éléphants s'y rendent chaque jour»[57]. De tels endroits revêtent une importance capitale pour la préservation de la diversité biologique qui, comme le dit la convention, constituent, sinon un patrimoine commun de l'humanité, tout au moins une préoccupation commune de l'humanité.

85. Le problème que j'examine à présent impose de placer au premier rang certaines questions juridiques vitales qui interviennent dans la délimitation de frontières. Je traiterai quatre de ces questions dans l'ordre ci-après:

1. La fonction que la Cour doit exercer quand la délimitation d'une frontière entraîne le démantèlement ou la division d'un ensemble intégré sur le plan écologique qui est représentatif de la diversité biologique.
2. Le rôle de l'équité dans les problèmes concrets accompagnant la délimitation.
3. L'importance de la distinction à opérer, le cas échéant, entre des traités conclus par des puissances coloniales qui définissent avec précision des frontières et des traités qui déterminent simplement des sphères d'influence.
4. La notion de régime conjoint appliquée à des sections de territoire capitales du point de vue écologique qui, malgré leur unité écologique, se situent de part et d'autre de frontières nationales.

Je vais étudier ces questions dans l'ordre dans lesquelles je les ai énoncées.

1. Les réponses du juge à une délimitation de la frontière qui impose de démanteler ou de diviser un ensemble intégré sur le plan écologique ou culturel

86. Le fait qu'une réserve naturelle, un site culturel considéré comme précieux, un territoire sacré qu'il faut préserver dans son intégralité soit

---

[56] Contre-mémoire de la Namibie, vol. III, p. 34, par. 11.9.

[57] *Ibid.*, par. 11.2; mémoire du Botswana, vol. I, p. 14, par. 32.

national boundaries does not necessarily mean that it is to be dissected between the two or more States whose boundary runs through it. International law would have resources enough to handle this difficult and delicate situation so as to preserve as a unity the valuable asset which would otherwise suffer from being divided in a manner that takes into account only the rights of individual States but neglects other values which international law is bound to preserve.

For the large numbers of elephants, hippopotami, and rhinoceroses, not to speak of smaller forms of wildlife, which frequent this area and have been doing so as long as human memory extends, a disturbance of their patterns of occupation would be a disturbance of their natural habitat. The adverse consequences to their well-being and to their survival cannot be underestimated. In a world which increasingly places a strain on their natural lifestyles and habitats, and in which several important categories of wildlife are becoming endangered species, this is a result which is to be prevented as far as such action is permissible within the limits of the law.

87. I refer in particular to the Biodiversity Convention (1992), a Convention which both Botswana and Namibia have ratified without qualification (Botswana, 12 October 1995, and Namibia, 16 May 1997).

The States parties to that Convention have accepted responsibility for conserving their biological diversity and for using their biological resources in a sustainable manner. The Convention notes further that one of the fundamental requirements for the conservation of biological diversity is *in situ* conservation, defined as "the conservation of ecosystems and natural habitats and the maintenance . . . of viable populations of species in their natural surroundings"[58]. It further stresses the importance of and the need to promote international co-operation among States for the conservation of biological diversity[59].

88. Article 6 requires each contracting party to develop national strategies, plans or programmes for the conservation and sustainable use of biological diversity. Article 8 *(d)*, dealing with *in situ* conservation, requires, *inter alia*, that each contracting party promote the protection of ecosystems, natural habitats, and the maintenance of viable populations of species in natural surroundings. All of these are indicative of the cardinal importance attached by modern international law to the protection of natural species in their natural environments.

So strong are the obligations imposed by the Convention that Article 22 provides that the provisions of the Convention shall not affect the rights and obligations of contracting parties, deriving from any existing international agreement "*except where the exercise of those rights*

---

[58] Biodiversity Convention, Preamble, para. 10; *ibid.*, Art. 2.

[59] *Ibid.*, Preamble, para. 14.

situé de part et d'autre de frontières nationales ne veut pas nécessairement dire qu'il faut le sectionner entre les deux ou plusieurs Etats dont la frontière traverse le territoire en question. Le droit international dispose d'assez de moyens pour résoudre ce problème difficile et délicat de façon à préserver sous la forme d'un ensemble l'élément précieux qui souffrirait d'être partagé d'une façon qui tienne compte exclusivement des droits de chacun des Etats mais néglige d'autres valeurs que le droit international est pourtant tenu de préserver.

Pour les très nombreux éléphants, hippopotames, rhinocéros, sans parler des animaux plus petits, qui fréquentent la région depuis des temps immémoriaux, perturber leur mode d'occupation reviendrait à perturber leur habitat naturel. On ne peut pas sous-estimer l'effet néfaste que cela aurait sur leur bien-être et leur survie. Dans un monde qui pèse de plus en plus lourdement sur le mode de vie et l'habitat naturels de cette faune, et dans lequel plusieurs espèces importantes sont désormais menacées d'extinction, il convient d'empêcher pareil résultat dès lors que la législation autorise une action en ce sens.

87. Je fais ici appel en particulier à la convention de 1992 sur la diversité biologique, convention que le Botswana et la Namibie ont tous deux ratifiée sans réserve (le 12 octobre 1995 pour le Botswana et le 16 mai 1997 pour la Namibie).

Les Etats parties à cette convention ont accepté la responsabilité de la conservation de leur diversité biologique et d'une utilisation de leurs ressources biologiques qui revête un caractère durable. La convention note en outre que la conservation de la diversité biologique exige essentiellement la conservation *in situ* «des écosystèmes et des habitats naturels ainsi que le maintien ... de populations viables d'espèces dans leur milieu naturel»[78]. La convention souligne en outre qu'il importe et qu'il est nécessaire de favoriser la coopération internationale entre les Etats aux fins de la conservation de la diversité biologique[79].

88. L'article 6 de la convention impose à chaque partie contractante d'élaborer des stratégies, plans ou programmes nationaux tendant à assurer la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique. L'article 8 *d)*, qui porte sur la conservation *in situ*, impose notamment à chaque partie contractante de favoriser la protection des écosystèmes et des habitats naturels ainsi que le maintien de populations viables d'espèces dans leur milieu naturel. Toutes ces dispositions montrent quelle importance capitale le droit international moderne attache à la protection des espèces naturelles au sein même de leur milieu naturel.

Les obligations imposées par la convention ont un tel poids que l'article 22 prévoit que les dispositions de la convention ne modifient en rien les droits et obligations découlant pour les parties contractantes d'un autre accord international en vigueur, quel qu'il soit, «*sauf si l'exercice*

---

[78] Convention sur la biodiversité, préambule, 10e alinéa; *ibid.*, art. 2.
[79] *Ibid.*, préambule, 14e alinéa.

and obligations would cause a serious damage or threat to biological diversity". This indicates that a serious threat to biological diversity can even constitute an exception to treaty obligations.

I cite these provisions in order to show that specific State obligations exist to protect the natural habitats of wildlife, and that those obligations can even, in certain situations, override existing treaty obligations. The obligations imposed by the Convention are thus of such a compelling nature that they cannot be ignored in any determination defining inter-State rights and obligations if such determination should entail a risk of damage to ecosystems which it was the object of the Convention to prevent.

89. We are here not importing principles of modern law to interpret a treaty of 1890. We are interpreting the Treaty of 1890 as it stood, and as it was understood contemporaneously. We are determining the boundaries between the two States in terms of the Treaty of 1890 but, in applying them on the ground in the year 1999, we cannot disregard important principles of modern law.

Environmental standards transcend temporal barriers, as this Court noted when in *Gabčíkovo* it observed:

> "Such new norms have to be taken into consideration, and such new standards given proper weight, not only when States contemplate new activities but also when continuing with activities begun in the past."[60]

Consequently, in environmental matters, today's standards attach themselves to yesterday's transactions, and must be given due effect in judicial determinations stemming from them.

This aspect can be formulated even more strongly in the present case, because the question referred to the Court requires a determination in accordance with "the rules and principles of international law", and also because the Court is obliged to take into account the environmental obligations assumed by the Parties through multilateral treaties.

90. Moreover, this is a court not only of strict law, but of equity as well, and boundary delimitations, like all other determinations of the Court, involve not merely strictly legal but equitable considerations as well. This is not new jurisprudence, but has been recognized as far back as the *North Sea Continental Shelf* cases[61] which noted the relevance of equitable principles in the process of delimitation.

---

[60] *Gabčíkovo-Nagymaros Project, I.C.J. Reports 1997*, p. 78, para. 140.

[61] *I.C.J. Reports 1969*, pp. 48-53.

de ces droits ou le respect de ces obligations causait de sérieux dommages à la diversité biologique ou constituait pour elle une menace». C'est-à-dire qu'une menace grave pesant sur la diversité biologique peut même motiver une dérogation à des obligations conventionnelles.

Je cite cette disposition pour montrer qu'il existe des obligations précises pour les Etats qui sont donc tenus de protéger les habitats naturels de la faune et que ces obligations peuvent même dans certains cas prendre le pas sur des obligations conventionnelles déjà contractées. Les obligations imposées par la convention sont par conséquent assez contraignantes pour qu'il soit impossible de les laisser de côté quand il est défini des droits et des obligations quand cette décision crée un risque de dommage à des écosystèmes que la convention avait pour objet d'empêcher.

89. Nous ne sommes pas en train ici d'importer des principes du droit moderne pour interpréter un traité de 1890. Nous interprétons ce traité de 1890 tel qu'il était rédigé et tel qu'il était compris par les contemporains. Nous déterminons le tracé des frontières entre les deux Etats conformément aux dispositions du traité de 1890 mais, pour appliquer ces dispositions sur le terrain en 1999, nous ne pouvons pas méconnaître certains principes importants du droit moderne.

Les normes environnementales transcendent les obstacles temporels, comme la Cour actuelle l'a relevé quand elle a dit, dans l'affaire relative au *Projet de Gabčíkovo*:

> «Ces normes nouvelles doivent être prises en considération et ces exigences nouvelles convenablement appréciées non seulement lorsque des Etats envisagent de nouvelles activités, mais aussi lorsqu'ils poursuivent des activités qu'ils ont engagées dans le passé.»[60]

Par suite, dans le domaine de l'environnement, les normes actuelles s'appliquent aux opérations du passé et il faut leur donner la place qui leur revient dans les décisions judiciaires appelées à leur répondre.

Il est possible d'être d'autant plus ferme à cet égard dans la présente espèce que la Cour est priée de se prononcer conformément aux «règles et principes du droit international» et que la Cour, en outre, est tenue de prendre en considération les obligations écologiques que les Parties ont contractées par des traités multilatéraux.

90. De plus, notre juridiction n'applique pas seulement le droit strict mais se prononce aussi en équité, et les délimitations de frontière, comme toutes les autres décisions de la Cour du reste, font appel non pas simplement à des considérations strictement juridiques mais aussi à des considérations d'équité. La doctrine, en l'occurrence, n'est pas nouvelle, la Cour l'admet depuis fort longtemps puisque, dès les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*[61] la Cour a dit que les principes équitables sont pertinents aux fins d'une opération de délimitation.

---

[60] *Projet Gabčíkovo-Nagymaros, C.I.J. Recueil 1997*, p. 78, par. 140.

[61] *C.I.J. Recueil 1969*, p. 48-53.

2. The Scope for Equity in Boundary Delimitation

91. A court reaching such a conclusion as that Kasikili/Sedudu Island belongs to Namibia cannot end its responsibilities with the mechanical exercise of a geometric delineation of boundaries on the ground.

I have already advanced the illustration of a sacred site which is one and entire, but which may need to be divided in two if merely geometrical considerations are to be followed. Likewise, a village may be separated from a grazing ground which for centuries had been integral to it, or the village itself may be divided into two parts whose residents thus became citizens of two different States, however closely they may be connected. It would be a diminution of a court's inherent jurisdiction if it were expected in such hypothetical circumstances to turn its glance away from these very real and vital problems and proceed with the task of delineation as if it were a purely geometrical exercise. Charged as it is with the application of equity to the problem before it, a court would not proceed in this fashion.

If there is a natural reserve which, in the interests of the ecosystem and of biological diversity cannot be divided without lasting damage, this is a factor which the Court can no less ignore than a sacred site or archaeological preserve which must be maintained in its integrity if it is to be preserved.

92. There is more than one way in which equitable considerations can be given effect in such situations.

One is that the Court should consider itself empowered to make a slight deviation from the strict geometric path indicated by the boundary treaty, but always preserving a balance between the entitlements of the two parties to the enjoyment of this precious asset.

Another is to constitute, in the larger interests of both parties and indeed of the world community, a joint régime over the area so that neither party is deprived of its use. In this category, a multitude of possibilities and precedents are available which I shall briefly consider later.

93. I may observe here that the division of a sacred site or ecological preserve into two discrete portions is a procedure likely to produce tension between the Parties in the future, as that which was considered to be a common resource on both sides of the border is then available to neither Party, and the entire asset is under risk of destruction through the process of division. Indeed, in an extreme case, as where a geometrical line of partition passes through the most holy place of a sacred site, the imperative need for such discretion on the part of the Court is obvious.

That the Court has such a power, and indeed a duty in an extreme

2. *La place de l'équité dans la délimitation d'une frontière*

91. Quand un tribunal aboutit à la conclusion, par exemple, que l'île de Kasikili/Sedudu appartient à la Namibie, il ne met pas fin à ses responsabilités en pratiquant mécaniquement un tracé géométrique de frontières sur le terrain.

J'ai déjà évoqué l'exemple d'un site sacré qui constitue un tout, un ensemble, mais qu'il faudrait partager en deux s'il fallait s'en tenir à des considérations purement géométriques. De même, il peut arriver qu'un village soit coupé d'un terrain servant à faire paître le bétail qui en faisait partie intégrante depuis des siècles ou que le village lui-même soit partagé en deux parties dont les habitants deviennent de ce fait les ressortissants de deux Etats différents, malgré les liens étroits qui les unissent. La compétence propre du tribunal serait amoindrie s'il devait, dans ces cas de figure théoriques, ne tenir aucun compte de ces problèmes très concrets et vitaux pour procéder au tracé de la frontière comme s'il s'agissait d'un exercice de pure géométrie. Mais, tenu de se prononcer en équité sur le problème, le tribunal n'adopterait pas cette façon de faire.

S'il existe une réserve naturelle qui, dans l'intérêt de l'écosystème et de la diversité biologique ne peut pas être partagée sans subir de dommages permanents, c'est un facteur que la Cour ne peut pas méconnaître ici tout comme elle prendrait en considération l'obligation de préserver l'intégrité d'un site sacré ou d'un lieu archéologique qu'il faut protéger à cette condition.

92. Dans des situations telles que celle-là, il existe plusieurs façons de donner effet aux considérations d'équité.

L'une d'elles consiste pour la Cour à s'estimer habilitée à s'écarter légèrement du tracé strictement géométrique indiqué par le traité frontalier à condition de préserver constamment l'équilibre entre les deux Parties qui ont l'une et l'autre le même droit à bénéficier du bien précieux à partager.

Une autre façon de faire consiste à mettre en place, pour mieux servir l'intérêt des deux parties et d'ailleurs de toute la communauté mondiale, un régime conjoint sur la région de sorte qu'aucune des deux parties n'est empêchée de l'utiliser. Ce type de solution ouvre une multitude de possibilités et permet de puiser dans de multiples précédents que j'évoquerai rapidement plus loin.

93. Je ferai observer ici que le partage d'un site sacré ou d'une réserve écologique en deux ensembles autonomes va probablement susciter des tensions entre les Parties à l'avenir, car ce qui était considéré comme une ressource commune des deux côtés de la frontière n'est plus disponible pour aucune des deux Parties, et le bien tout entier risque d'être détruit sous l'effet même du partage. En fait, quand on se trouve devant un cas de figure extrême, quand, par exemple, la ligne de la partition géométrique traverse l'endroit le plus vénéré d'un site sacré, il est manifeste que la Cour doit impérativement exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est imparti.

Il est donc incontestable que la Cour est dotée d'un tel pouvoir, et qu'il

case, is thus beyond dispute. Whether a given situation is an appropriate one for the use of its equitable power is a matter for the Court's discretion.

In the present state of recognition of the importance of ecological considerations, and having regard to the importance of this natural reserve as stressed to us by both Parties at the oral hearings, a decision in favour of Namibia would trigger the exercise of such discretion.

3. *Treaties Dealing with Spheres of Influence Distinguished from Treaties Dealing with State Boundaries*

94. Of special relevance to the exercise of the Court's equitable powers is the distinction which I believe should be drawn between treaties that specifically and precisely deal with boundaries and treaties which deal with spheres of influence.

The distinction I draw is in relation to the degrees of specificity of the two kinds of treaties. In the colonial past, the colonizing powers would sometimes in broad terms define their respective spheres of influence. It was of course necessary to establish the lines of division between them, but the primary purpose of the exercise was to make clear the broad extents of territory over which one or the other could pursue their activities without interference by the other. As Oppenheim has observed, they arose from "the uncertainty of the extent of an occupation, and the tendency of colonizing states to extend an occupation constantly and gradually into the interior or 'hinterland' of an occupied territory"[62]. They had

> "the object of regulating, in a spirit of mutual good-will, the relations which might result between the contracting Powers from the extension of their rights of sovereignty or protectorate in neighbouring regions"[63].

95. These agreements were arrangements with "a certain provisionality", and when in due course the parties took control of the areas respectively reserved, the delimitation would attain the status of a boundary description[64]. Thus a sphere of influence did not necessarily mean that the power claiming it already had control and possession of it, but this was clearly the objective towards which it intended to move.

---

[62] *Oppenheim's International Law*, Vol. I, Peace, Parts 2 to 4, Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts (eds.), 9th ed., 1992, p. 691.

[63] M. F. Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, 1926, p. 210; see also Sir Thomas Holdich, *Political Frontiers and Boundary Making*, 1916, pp. 96-97.

[64] Ian Brownlie, *African Boundaries: A Legal and Diplomatic Encyclopaedia*, *op. cit.*, pp. 8-9.

s'agit même d'une obligation dans les cas extrêmes. C'est à la Cour de décider quand une situation donnée fait appel de sa part à l'application des principes d'équité.

L'importance des considérations écologiques étant aujourd'hui largement reconnue et compte tenu par ailleurs de l'importance qui s'attache à la réserve naturelle dont il s'agit et sur laquelle les deux Parties ont insisté lors de la procédure orale, une décision favorable à la Namibie imposerait à la Cour d'exercer ce pouvoir discrétionnaire.

3. La distinction à opérer entre les traités définissant des sphères d'influence et les traités établissant des frontières étatiques

94. Quand la Cour est appelée à appliquer les principes d'équité, il est tout particulièrement pertinent, me semble-t-il, d'opérer une distinction entre les traités qui définissent très précisément des frontières et ceux qui portent sur des sphères d'influence.

La distinction que j'opère ainsi a trait au degré de précision des deux types de traités. A l'époque coloniale qui est derrière nous, les puissances coloniales cherchaient parfois à définir sous une forme assez large leurs sphères d'influence respectives. Il fallait évidemment tracer des lignes de partage entre elles, mais l'exercice avait pour objet essentiel d'indiquer sur quelle vaste étendue de territoire l'une ou l'autre puissance pourrait poursuivre ses activités sans être gênée par l'autre. Comme l'a fait observer Oppenheim, ces traités procédaient de «l'incertitude qui régnait sur l'étendue d'une occupation et la tendance des Etats colonisateurs à faire constamment progresser l'occupation vers l'intérieur *(hinterland)* du territoire occupé»[62]. Ces Etats avaient

> «pour objet de réglementer dans un esprit de bonne volonté réciproque les relations qui pouvaient résulter entre les puissances contractantes de l'extension de leurs droits de souveraineté ou de protectorat dans les régions voisines»[63] *[traduction du Greffe]*.

95. Ces accords étaient des arrangements revêtant «un caractère provisoire jusqu'à un certain point», et quand, le moment venu, les parties exerceraient effectivement leur contrôle sur les régions qu'elles s'étaient respectivement réservées, la délimitation accéderait au rang de tracé de frontière[64]. En somme, une sphère d'influence ne voulait pas nécessairement dire que la puissance qui s'en réclamait s'était déjà assuré le contrôle et la possession de la région, mais c'était manifestement l'objectif qu'elle se proposait d'atteindre.

---

[62] *Oppenheim's International Law*, vol. I, Peace, 2e et 4e parties, sir Robert Jennings et sir Arthur Watts, dir. de publ., 9e éd., 1992, p. 691.

[63] M. F. Lindley, *The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law*, 1926, p. 210; voir aussi sir Thomas Holdich, *Political Frontiers and Boundary Making*, 1916, p. 96-97.

[64] Ian Brownlie, *African Boundaries: A Legal and Diplomatic Encyclopaedia*, *op. cit.*, p. 8-9.

It has also been observed that "[t]he term 'Sphere of Influence' is one to which no very definite meaning is as yet attached"[65], and "rather implies a moral claim than a true right"[66].

There are thus certain elements of provisionality and lack of precise definition associated with the concept, which can assume some relevance where, in a later interpretation of the Treaty, a question of uncertainty regarding the exact definition of a boundary needs to be resolved.

96. As a background to this Treaty and the concept of colonial expansion, it is not irrelevant to note the significant changes effected under Chancellor von Caprivi (after whom the Caprivi Strip is named) in the foreign and colonial policies of Bismarck, whom he succeeded in 1890, the very year of the Treaty[67]. Bismarck had followed a policy of placing little value on colonial expansion[68], but Caprivi took the line that now that the acquisition of colonies had been started, one could not very well turn back[69]. Indeed, Count Hatzfeldt, who was engaged in negotiating the Treaty in London with Lord Salisbury, is recorded as having observed that he was "impressed with the importance to the two countries of a *general settlement on a broad basis* which would appease and avert the jealousies and rivalries now unfortunately existing"[70]. Such was the background to the 1890 Treaty[71], which was thus rather different in its objective from the precise delineation of colonial boundaries aimed at by a treaty dealing strictly with territorial boundaries.

97. Another aspect of the generality of this Treaty is that it covered not merely the territories of the two Parties to the present dispute, but dealt with the spheres of influence of Germany and Great Britain in East Africa (Art. I), South West Africa (Art. III), and West Africa (Art. IV), in addition to other matters dealing with specific designated territories.

---

[65] W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, 8th ed., A. P. Higgins (ed.), 1924, p. 153, para. 38*b*.

[66] *Ibid.*, p. 154, para. 38*b*.

[67] "For better or for worse, from now [1890] on the Caprivi era would be known as the 'new course'" (J. A. Nichols, *Germany after Bismarck: The Caprivi Era 1890-1894*, 1958, p. 68).

[68] See Donald Kagan, *On the Origins of War and the Preservation of Peace*, 1995, p. 110. For a discussion of the changes in foreign policy and their impact on colonial policy, see *ibid.*, pp. 121 *et seq.*

[69] Nichols, *op. cit.*, p. 102, quoting Caprivi's speech during his first appearance in the Reichstag on 12 May 1890, a speech in which he disclaimed being himself a "colonial enthusiast".

[70] Emphasis added. Memorial of Botswana, Vol. II, Annex 9, p. 51 (Correspondence respecting the Negotiations between Great Britain and Germany relating to Africa, April to December 1890, No. 1).

[71] The 1890 Treaty with Great Britain was signed simultaneously with the lapsing of the Reinsurance Treaty with Russia, a cornerstone of Bismarck's foreign policy. The 1890 Treaty evidenced the increased interest in the building up of colonial possessions. The policy of clarifying spheres of influence with Great Britain was a natural preliminary stage of this process, so far as Southern Africa was concerned.

On a également fait observer que «[l']expression «sphère d'influence» ne revêt pas encore de sens très précis»[65] et qu'«elle exprime une revendication morale plutôt qu'un droit authentique»[66].

La notion s'accompagne donc d'un certain caractère provisoire et d'un manque de définition précise, ce qui peut être pertinent quand on interprète le traité par la suite et qu'il faut remédier à l'incertitude qui entoure la définition précise d'une frontière.

96. A l'arrière-plan du traité qui nous occupe et de la notion d'expansion coloniale, il n'est pas indifférent de relever que des changements importants ont été apportés, du temps du chancelier von Caprivi (qui a donné son nom à la bande de Caprivi) à la politique étrangère et à la politique coloniale de Bismarck auquel Caprivi succède en 1890, l'année même où le traité est signé[67]. La politique de Bismarck témoignait de peu d'intérêt pour l'expansion coloniale[68], mais, pour Caprivi, on avait commencé d'acquérir des colonies et l'on ne pouvait guère faire machine arrière[69]. D'ailleurs, le comte Hatzfeldt, qui négociait le traité à Londres avec lord Salisbury, aurait, d'après les comptes rendus des entretiens, fait observer qu'il était «convaincu de l'importance, pour les deux pays, d'un *règlement global* visant à calmer et éloigner les jalousies et les rivalités qui malheureusement existent aujourd'hui»[70]. Voilà donc le contexte dans lequel a été conclu le traité de 1890[71], dont l'objectif était assez différent de celui d'un tracé précis de frontières coloniales qu'aurait eu un traité portant strictement sur des frontières territoriales.

97. Ce qui témoigne aussi du caractère général de ce traité, c'est qu'il portait non pas simplement sur les territoires des deux Parties au présent différend, mais aussi sur les sphères d'influence de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne en Afrique orientale (article premier), au Sud-Ouest africain (art. III) et en Afrique occidentale (art. IV), outre certaines ques-

---

[65] W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, 8e ed., A. P. Higgins, 1924, dir. de publ., p. 153, par. 38*b*.

[66] *Ibid.*, p. 154, par. 38*b*.

[67] «Pour le meilleur ou pour le pire, désormais [on est en 1890], on prend avec Caprivi «un autre cap» (J. A. Nichols, *Germany after Bismarck: The Caprivi Era 1890-1894*, 1958, p. 68).

[68] Voir Donald Kagan, *On the Origins of War and the Preservation of Peace*, 1995, p. 110. Sur les changements apportés à la politique étrangère et leur incidence sur la politique coloniale, voir *ibid.*, p. 121 et suiv.

[69] Nichols, *op. cit.*, p. 102, citant le discours prononcé par Caprivi quand il se présente pour la première fois au Reichstag le 12 mai 1890, discours dans lequel il se défend d'être lui-même un «passionné de l'idée coloniale».

[70] Mémoire du Botswana, vol. II, annexe 9, p. 51 (correspondance relative aux négociations entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne au sujet de l'Afrique, avril à décembre 1890, n° 1); les italiques sont de nous.

[71] Ce traité de 1890 avec la Grande-Bretagne a été signé en même temps que prenait fin le traité de réassurance avec la Russie, pierre angulaire de la politique étrangère de Bismarck. Le traité de 1890 témoignait d'un intérêt accru pour l'acquisition de possessions coloniales. L'adoption d'une politique tendant à définir les sphères d'influence respectives de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne préludait tout naturellement à ce processus d'acquisition, pour ce qui concernait l'Afrique australe.

such as the transfer by Britain to Germany of sovereignty over Heligoland. It was thus far more general in its nature than a specifically boundary-oriented treaty[72], which laid down the exact borders between two States.

98. The emphasis, therefore, was on areas of interest rather than linear boundaries. A major difference between boundary treaties, *stricto sensu*, and zones of influence treaties is that zones of influence treaties deal with spatial zones while boundary treaties involve points or lines that have no breadth[73]. Consequently, there is a precision and definiteness attending a boundary treaty which distinguishes it from the generalized nature of a treaty dealing with spheres of influence. In the expressive language of Brownlie, a boundary treaty "draws precision and clarity in its train"[74]. The same cannot be said for spheres of influence treaties.

This is not a conclusive factor in the present case, but is not without its implications in the particular circumstances here, for

(*a*) it gives the Court greater flexibility in the definition of the boundary in question, while of course not departing from the terms of the Treaty;

(*b*) it gives the Court greater scope for the application of equitable principles;

(*c*) it widens the latitude available to the Court for making provision for the integrity and preservation of important features such as environmental preserves; and

(*d*) it enables the Court to take into account such factors as that one interpretation will draw a line between a given people and the land which they have traditionally used over a long period of time, while the other will not, thereby inclining the Court towards the former interpretation, if it be possible within the terms of the Treaty.

99. In the present case, this factor makes easier the resolution in favour of Namibia of the doubt regarding interpretation. It would also incline the Court against a formalistic interpretation which deprives a people of land which they have used over the generations without any acknowledgment of any other sovereignty over it and without any assertion of right by the State claiming such sovereignty. A zones of influence treaty would permit more flexibility in this regard than a treaty dealing strictly with boundaries.

---

[72] See further A. J. P. Taylor, *Germany's First Bid for Colonies: 1884-1885*, 1938, p. 98.

[73] Brownlie, *op. cit.*, p. 3.

[74] *Ibid.*

tions intéressant des territoires définis avec précision, s'agissant par exemple du transfert de souveraineté sur Heligoland opéré par la Grande-Bretagne au profit de l'Allemagne. Il s'agissait donc d'un traité d'un caractère beaucoup plus général qu'un traité portant avec précision sur le tracé de frontières[72], lequel établit avec précision les frontières entre deux Etats.

98. Il s'agit par conséquent surtout de zones d'intérêt plutôt que de lignes frontalières. La grande différence qui existe entre des traités frontaliers, *stricto sensu*, et les traités définissant des zones d'influence tient à ce que ces derniers portent sur des espaces, tandis que les traités frontaliers portent sur des points ou des lignes sans épaisseur[73]. Par conséquent, un traité frontalier revêt un caractère précis et exact différent du caractère généralisateur d'un traité portant sur des sphères d'influence. Dans son style imagé, Brownlie dit qu'un traité frontalier «emporte à sa suite précision et clarté»[74]. On ne peut guère en dire autant des traités définissant des sphères d'influence.

Il ne s'agit pas en l'espèce d'un facteur déterminant, mais il n'est pas sans incidence sur le cas de figure dont nous sommes saisis car

a) il donne à la Cour plus de souplesse aux fins de la définition de la frontière en question, bien évidemment sans que la Cour s'écarte pour autant des dispositions du traité;

b) il donne plus de latitude à la Cour aux fins de l'application de principes équitables;

c) il donne aussi plus de latitude à la Cour aux fins d'assurer l'intégrité et la conservation de certains éléments importants comme des réserves naturelles;

d) il permet à la Cour de prendre en considération certains éléments, par exemple le fait qu'une interprétation aboutira à séparer un certain peuple de la terre qu'il utilise de fort longue date par tradition, tandis que l'autre interprétation n'aboutit pas à cette séparation, ce qui incite la Cour à retenir la première interprétation dès lors qu'elle serait compatible avec les dispositions du traité.

99. En la présente instance, ce facteur permet plus facilement de lever en faveur de la Namibie les doutes qui entourent l'interprétation du traité. Ce facteur est aussi de nature à empêcher la Cour d'adopter une interprétation trop formaliste qui prive un peuple d'une terre qu'il a utilisée pendant des générations sans qu'elle fasse l'objet d'une reconnaissance de souveraineté étrangère et sans que l'Etat qui se réclame de cette souveraineté ait fait valoir ses droits. Un traité définissant des zones d'influence autorise plus de souplesse à cet égard qu'un traité opérant strictement un tracé de frontières.

---

[72] Voir en outre A. J. P. Taylor, *Germany's First Bid for Colonies: 1884-1885*, 1938, p. 98

[73] Brownlie, *op. cit.*, p. 3.

[74] *Ibid.*

To attach the Island which the Masubia had long regarded and used as theirs to another sovereign State upon a literal interpretation of a zones of influence treaty would perhaps represent an overly formalistic approach to an essentially human problem.

100. At the same time, the additional leeway resulting from this fact would make it easier for the Court, in holding with Namibia, to make appropriate provision in its Order for preserving in its integrity as one comprehensive whole the wildlife habitat which comprises both the Island and the Chobe Game Park to the south. The Court would be able to exercise its equitable powers to require Namibia to enter into a joint régime with Botswana in order to ensure the integrity of this habitat.

101. The fact that the Treaty under interpretation was one demarcating zones of influence, and not a boundary treaty, is thus not without significance in the present case.

Needless to say, nothing in this opinion affects the principle of *uti possidetis juris*, for the task we are engaged on is that of defining the boundary in terms of the Treaty of 1890, as interpreted according to the legal principles applicable.

4. *Joint International Régimes*

102. The notion of joint régimes in areas straddling national boundaries has grown remarkably in recent years. There is thus a plenitude of models and ideas from which to draw the appropriate principles for the fashioning of a co-operative international régime that suits a particular case.

I cite initially an observation in the Foreword to a recent work on *International Boundaries and Environmental Security: Frameworks for Regional Cooperation*, to the effect that:

> "Modern boundary-making theory emphasises the virtue of flexibility at least as much as the traditional virtues of certainty and finality . . . but increasingly, in the case of ocean and river boundary contexts, . . . boundary-makers might be wiser to regard themselves less as the drawers of lines than as the designers of workable regimes."[75]

103. The Court is not, of course, a boundary-maker, but the entity charged with translating the terms of a treaty into conditions on the ground, adhering as faithfully to the Treaty as it can in accordance with international law. Since modern international law dictates a regard for

---

[75] Gerald Blake *et al.* (eds.), 1997, pp. xi-xii.

Rattacher l'île que les Masubia considèrent depuis longtemps comme leur appartenant et qu'ils utilisent comme telle à un autre Etat souverain à la suite d'une interprétation littérale d'un traité définissant des zones d'influence procède peut-être d'une approche trop formaliste à l'égard d'un problème qui est essentiellement humain.

100. En même temps, la Cour, en se prononçant pour la Namibie, pourrait plus facilement, grâce à la latitude supplémentaire dont elle bénéficierait, prendre dans son ordonnance les dispositions voulues pour conserver dans son intégrité, sous la forme d'un même ensemble, l'habitat animalier qui s'étend à la fois sur l'île et sur le parc naturel du Chobe situé au sud. La Cour serait en mesure de recourir aux principes équitables pour demander à la Namibie d'assurer avec le Botswana un régime commun de façon à garantir l'intégrité de cet habitat.

101. Le fait que le traité qu'il s'agit d'interpréter définit des zones d'influence et non pas des frontières n'est donc pas sans intérêt dans la présente espèce.

Il va sans dire que rien dans la présente opinion ne porte atteinte au principe *uti possidetis juris*, car la tâche qui nous incombe est de définir la frontière en application du traité de 1890 tel qu'il faut l'interpréter conformément aux principes juridiques applicables.

4. Les régimes internationaux conjoints

102. L'idée de soumettre à un régime conjoint des régions situées de part et d'autre de frontières nationales a considérablement progressé au cours des dernières années. Il y a donc pléthore de modèles et de thèses où puiser les principes voulus pour concevoir un régime international de coopération adapté à un cas de figure particulier.

Je citerai pour commencer une observation tirée de l'avant-propos d'un ouvrage récent intitulé *International Boundaries and Environmental Security: Frameworks for Regional Cooperation*:

> «En ce qui concerne le tracé des frontières, la doctrine moderne prône l'intérêt de la souplesse au moins tout autant que les vertus traditionnelles que sont la certitude, le caractère définitif ... mais, de plus en plus, s'agissant de frontières océaniques et fluviales, ... les décideurs appelés à tracer des frontières feraient peut-être bien de considérer qu'ils doivent non pas tant tracer des lignes que concevoir des régimes susceptibles de bien fonctionner.»[78]

103. La Cour n'est évidemment pas appelée à tracer une frontière, elle est l'entité chargée de traduire les dispositions d'un traité en conditions à appliquer concrètement sur le terrain, et, ce faisant, de suivre le traité aussi fidèlement qu'elle le peut conformément au droit international.

---

[78] Ouvrage publié par Gerald Blake *et al.* dir. de publ., 1997, p. xi-xii.

certain environmental considerations, this aspect must be taken into account in interpreting and applying the Treaty, with due regard to current legal concepts and standards. Of these current concepts, the concept of a joint régime over a resource which is valuable to both parties must receive judicial attention as a rapidly developing concept of international law.

104. Instances are not wanting of judicial recognition of the need to prevent a merely mechanistic division which takes no account of human factors and practical realities. In *Frontier Dispute*[76], the Chamber gave its careful consideration to a situation in which certain villages had appurtenant to them certain farming hamlets which were situated some distance away from them. The village was the native administrative unit and comprised all the land dependent on it. Mali argued specifically that the land dependent on a village included the farming hamlets. A line drawn between the village and the agricultural/grazing site could destroy the unity that had always existed between them. The Chamber showed its sensitivity to this issue, but was not called upon in that case to make a decision on this matter, as "[f]rom a practical point of view, the existence of such rights has posed no major problems"[77], but it nevertheless observed that:

> "In this matter, it all depends on the circumstances. The Chamber considers . . . that it will be able to ascertain whether a particular piece of land is to be treated as part of that village despite its lack of a connection with it, or as a satellite hamlet which does not fall within the boundaries of the village in the strict sense."[78]

105. In the same case, the notions of flexibility and the role of equity in demarcating the boundaries arose also in relation to a frontier pool. The Chamber there explained that it could resort to equity *infra legem* on the basis of the guiding concept that "Equity as a legal concept is a direct emanation of the idea of justice"[79], but that equity could not be used to modify an established frontier in the sense of a settled border. Acting on that basis, the Chamber resorted to equitable considerations in determining how the frontier pool should be divided.

106. In the present case, there is no established frontier in the sense of a settled boundary. Rather, the Court is in the process of settling that

---

[76] *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), I.C.J. Reports 1986*, p. 554.

[77] *Ibid.*, p. 617, para. 116.

[78] *Ibid.*, para. 117.

[79] *Ibid.*, para. 149, quoting *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), I.C.J. Reports 1982*, p. 60, para. 71.

Comme le droit international moderne impose de prendre en compte certaines considérations environnementales, il faut les prendre en compte aux fins de l'interprétation et de l'application du traité et cette prise en compte s'étend aux notions et aux normes juridiques actuelles. Parmi ces notions actuelles, celle du *régime conjoint exercé sur une ressource précieuse pour les deux parties* doit retenir l'attention des instances judiciaires car c'est une notion de droit international qui se développe rapidement.

104. Les exemples ne manquent pas qui prouvent que les juges ont su reconnaître la nécessité d'empêcher un partage purement mécanique qui ne tienne pas compte de l'élément humain ni de la réalité concrète. Dans l'affaire du *Différend frontalier*[76], la Chambre saisie a étudié très attentivement le cas de figure: certains villages étaient dotés de hameaux de culture situés à une certaine distance. Le village représentait l'unité administrative indigène et comprenait tous les terrains qui en dépendaient. Le Mali a soutenu précisément que les terrains dépendant d'un village comprenaient ces hameaux de culture. Une ligne frontalière tracée entre le village et le lieu consacré à l'agriculture ou aux pâturages pouvait détruire l'unité qui avait toujours existé et relié le village aux hameaux. La Chambre s'est montrée sensible au problème, mais n'était pas appelée en l'espèce à se prononcer sur cette question, car, «[d]'un point de vue pratique, l'existence de tels droits n'a pas soulevé de questions graves»[77], mais elle a toutefois fait observer ceci:

> «Tout est, dans ce domaine, question de circonstances. La Chambre estime ... qu'elle sera à même de juger si un terrain déterminé doit être traité comme partie du village concerné, en dépit de leur discontinuité, ou, au contraire, comme hameau satellite non inclus dans les limites du village à proprement parler.»[78]

105. Dans la même affaire, les notions de souplesse et le rôle de l'équité dans le tracé des frontières sont également entrés en ligne de compte quand il a fallu diviser une mare frontalière. La Chambre a expliqué alors qu'elle pouvait faire appel à l'équité *infra legem* en s'inspirant d'un principe directeur qui était que «l'équité en tant que notion juridique procède directement de l'idée de justice»[79], mais elle a ajouté que rien n'autorisait un recours à la notion d'équité pour modifier une frontière établie. A la suite de ces conclusions, la Chambre a fait appel à des considérations d'équité pour décider comment la mare frontalière devait être partagée.

106. Dans la présente instance, il n'existe pas de frontière établie en ce sens. La Cour est plutôt en train d'établir cette frontière conformément

---

[76] *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali), C.I.J. Recueil 1986*, p. 554.

[77] *Ibid.*, p. 617, par. 116.

[78] *Ibid.*, par. 117.

[79] *Ibid.*, par. 149, la Chambre citant l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne), C.I.J. Recueil 1982*, p. 60, par. 71.

boundary in accordance with the 1890 Treaty. In settling that boundary in accordance with the law, it is entitled to take equitable considerations into account so long as it does not depart from the terms of the Treaty. The equitable consideration of preserving this valuable natural resource in accordance with governing principles of environmental law does not in any way militate against the basic adherence to the terms of that Treaty which lies at the root of my conclusions.

107. We here have a situation of one of the world's richest wildlife reserves falling within the territory of Namibia, if my interpretation of the 1890 Treaty be correct. However, there can be no doubt that the rich wildlife moves over to the Island from the south and that the Island and the land to the south of it, which latter is in Botswanan territory, together form one integral natural preserve. Since merely drawing national boundaries between them so as to divide this resource in two would destroy its unique nature and affect its unique value for all time, something more is called for in such a situation. The establishment of a joint régime, in cases where it is appropriate, would be one of the equitable bases on which the Court could proceed in cases where such a régime would be appropriate to govern the situation resulting from the Court's determination.

108. The notion of joint régimes received recognition from this Court in the *North Sea Continental Shelf* cases[80]. The Court there indicated a number of factors to be taken into account in the negotiations between the parties. The separate opinion of Judge Jessup, recalling other instances of international co-operation, observes that "the principle of international co-operation in the exploitation of a natural resource is well established in other international practice"[81].

In such a joint régime, the authorities of both countries acting together would, in the best interests of the preservation of this valuable resource, follow certain mutually agreed guidelines which accord with the principles of international environmental law applicable to such a resource.

109. International experience, covering numerous aspects of joint régimes, is accumulating in many parts of the world. For example, the La Paz Agreement of 1983, the Great Lakes Water Quality Accord of 1978, and the North American Free Trade Agreement of 1992 have stimulated developments in this area in North America. The Environmental Side Agreements of NAFTA have resulted in a series of new international institutions and a more comprehensive approach to regional and environmental issues[82]. In the Asian region, Cambodia, Thailand, Laos and Vietnam have made elaborate arrangements for the development of the

---

[80] *I.C.J. Reports 1969*, pp. 53-54.
[81] *Ibid.*, p. 82.
[82] Blake, *op. cit.*, p. 249.

au traité de 1890. En établissant ladite frontière conformément au droit, la Cour peut prendre en compte des considérations d'équité du moment qu'elles ne dérogent pas aux dispositions du traité. La considération d'équité qui consiste à vouloir préserver cette ressource naturelle précieuse conformément aux principes régissant le droit de l'environnement ne milite nullement contre le respect fondamental des dispositions de ce traité, respect qui préside à mes conclusions.

107. Si mon interprétation du traité de 1890 est correcte, l'une des réserves de faune les plus riches du monde fait donc partie du territoire namibien. Toutefois, il ne fait pas de doute que cette faune extrêmement variée gagne l'île depuis le sud et que l'île et les terrains situés au sud de l'île, lesquels sont situés en territoire botswanais, forment ensemble une réserve naturelle intégrée. Se contenter de tracer une frontière entre les deux territoires nationaux qui partagerait cette ressource en deux détruirait à jamais son caractère exceptionnel et porterait durablement atteinte à son intérêt exceptionnel, de sorte qu'il convient de faire davantage. La mise en place d'un régime conjoint, dans les cas où elle est adaptée à la situation, serait l'une des solutions équitables que la Cour pourrait adopter dans les affaires où ce régime conviendrait à la situation résultant de la décision de la Cour.

108. La Cour a reconnu ce principe du régime conjoint dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*[80]. Elle a en effet indiqué un certain nombre de facteurs à prendre en considération par les parties au cours de leurs négociations. Dans son opinion individuelle, le juge Jessup, rappelant d'autres exemples de coopération internationale, fait observer que «la coopération internationale en matière d'exploitation de ressources naturelles est un principe que consacre par ailleurs la pratique internationale»[81].

Dans le cadre d'un régime conjoint de ce type, les autorités des deux pays agissant ensemble devraient, pour servir au mieux l'intérêt de la conservation de cette ressource précieuse, suivre certains principes directeurs convenus d'un commun accord et compatibles avec les principes du droit international de l'environnement applicables à pareille ressource.

109. Dans de nombreuses régions du monde, l'expérience que la communauté internationale acquiert sur de nombreux aspects des régimes conjoints s'étoffe aujourd'hui considérablement. Par exemple, l'accord de La Paz de 1983, l'accord de 1978 sur la qualité de l'eau des Grands Lacs et l'accord de libre échange nord-américain de 1992 ont stimulé les initiatives dans ce domaine dans la région d'Amérique du Nord. Les accords sur l'environnement annexés à l'ALENA ont conduit à mettre en place une série d'institutions internationales nouvelles et à adopter une approche globale vis-à-vis des questions de caractère régional et environnemental[82].

---

[80] *C.I.J. Recueil 1969*, p. 53-54.

[81] *Ibid.*, p. 82.

[82] Blake, *op. cit.*, p. 249.

Mekong River[83]. In Eastern Europe the *Gabčíkovo-Nagymaros* case highlighted the importance of bilateral arrangements within the framework of mutually acceptable guidelines[84]. In the Mediterranean area, there has been a growing volume of State co-operation since the Barcelona Convention was signed in 1976[85].

On the basis of the Mediterranean experience, the United Nations Environmental Programme has sponsored several other "Regional Seas" conventions in various parts of the world.

A legal framework for co-operation is contained in the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, Article 123 of which obliges States bordering enclosed or semi-enclosed seas to co-operate with each other, *inter alia*, over environmental protection.

Joint management régimes have been established for the integrated development of resources in river basins with States splitting costs and responsibilities and sacrificing sovereignty as needed to facilitate the management process. Many agreements have been worked out for the joint management of continental shelf areas, and some with many specific provisions relating to protection of the marine environment and its flora and fauna.

There is thus much movement in the direction of international co-operation to protect the environment[86], and the time is opportune for models to be evolved for such co-operative administration of environmentally important areas of special significance.

---

[83] Statute for Co-ordination of Investigation of the Lower Mekong Basin, 1957, supplemented in 1995 in much detail by the Agreement on Co-operation for the Sustainable Development of the Mekong River Basin, setting out a régime for even closer co-operation in regard to irrigation, hydropower, flood control, fisheries, timber floating, recreation and tourism, governed by the Mekong River Commission; see also, Gerald Blake, *op. cit.*, p. 294.

[84] *I.C.J. Reports 1997*, pp. 78-79, paras. 140-144.

[85] See the Protocol on Specially Protected Areas to the Barcelona Convention for the Protection of the Mediterranean Sea against Pollution (1982) by which signatories pledged to improve the state of natural resources and natural sites in the Mediterranean Sea by establishing and managing protected areas in the region.

[86] For the vast variety of approaches to this problem, classified under scientific responses, economic responses, institutional responses, moral responses, and legal implementation, see Lakshman D. Guruswamy and Jeffrey A. McNeely (eds.), *Protection of Global Biodiversity: Converging Strategies*, 1998.

En Asie, le Cambodge, la Thaïlande, le Laos et le Viet Nam ont négocié des arrangements complexes pour la mise en valeur du fleuve Mekong[83]. En Europe orientale, l'affaire *Gabčíkovo/Nagymaros* a mis en évidence l'importance qui s'attache aux arrangements bilatéraux dans le cadre de principes directeurs acceptables de part et d'autre[84]. Dans la région méditerranéenne, la coopération s'intensifie depuis la signature en 1976 de la convention de Barcelone[85].

En s'appuyant sur cette expérience méditerranéenne, le Programme des Nations Unies pour l'environnement a parrainé dans plusieurs régions du monde l'adoption de plusieurs autres conventions relatives à des «mers régionales».

Par ailleurs, la convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer met en place à l'article 123 un cadre juridique de coopération en vertu duquel les Etats riverains de mers fermées ou semi-fermées sont tenus de coopérer entre eux notamment aux fins de la protection de l'environnement.

Il a été instauré des régimes de gestion conjointe en vue de la mise en valeur intégrée des ressources de bassins fluviaux, les Etats riverains se partageant les coûts et les tâches au détriment de leur souveraineté, conformément aux besoins, afin de faciliter la gestion. C'est ainsi que de nombreux accords ont été élaborés pour la gestion conjointe de certaines zones de plateau continental, qui sont assortis dans certains cas de nombreuses dispositions particulières concernant la protection du milieu marin, ainsi que de sa flore et de sa faune.

On fait donc de plus en plus appel à la coopération internationale pour protéger l'environnement[86], et le moment est donc venu aujourd'hui de mettre au point des modèles de coopération appliqués à l'administration de régions revêtant un intérêt particulier du point de vue de l'environnement.

---

[83] Voir le statut relatif à la coordination de l'étude du bassin inférieur du Mekong, de 1957, qui a été complété en 1995 par un accord beaucoup plus détaillé sur la coopération en vue de la mise en valeur durable du bassin du Mekong, lequel met en place un régime de coopération encore plus étroite, sous l'égide de la Commission du Mekong, pour l'irrigation, l'énergie hydroélectrique, la lutte contre les inondations, la pêche, la flottaison du bois d'œuvre, les activités récréatives et le tourisme; voir également Gerald Blake, *op. cit.*, p. 294.

[84] *C.I.J. Recueil 1997*, p. 78-79, par. 140-144.

[85] Voir en particulier le protocole relatif aux zones spécialement protégées annexé à la convention de Barcelone pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution (1982), aux termes duquel les signataires se sont engagés à améliorer l'état des ressources naturelles et des sites naturels de la mer Méditerranée au moyen de la création et de la gestion de zones protégées dans la région.

[86] Pour avoir une idée de la diversité des approches adoptées vis-à-vis de ce problème, classées suivant différentes rubriques, approches scientifiques, économiques, institutionnelles, morales, et d'après la mise en œuvre juridique, voir l'ouvrage publié en 1998 sous la direction de Lakshman D. Guruswamy et Jeffrey A. McNeely et intitulé *Protection of Global Biodiversity: Converging Strategies*.

110. Outside the environmental area, many joint management régimes straddling national boundaries have been worked out, and have functioned successfully.

Their experience of joint management régimes and joint use regions can also be harnessed in the environmental field.

Bilateral and multilateral arrangements have laid down many principles regarding the sharing of resources, joint administration, and rights of mineral exploration over another State's sovereign territory. Such agreements contain many examples of the prohibition, despite national sovereignty over the region, of certain types of operations. Among these are such varied examples as oil drilling and the construction of fortifications within designated areas.

Precedents prohibiting certain types of activity in the zone in question[87] could also be particularly useful where environmental protection is concerned.

Other agreements create a geographic zone straddling the boundary, allowing for joint exploration and exploitation of resources[88]. Petroleum development[89], river management[90], fishing rights[91], transit passage[92],

---

[87] For example, Agreement concerning the Sovereignty over the Islands of Al-'Arabiyah and Farsi, and the Delimitation of the Boundary Line Separating the Submarine Areas between the Kingdom of Saudi Arabia and Iran (1968), prohibiting oil drilling operations within 500 m of the boundary on either side. See, also, Treaty between the Hungarian People's Republic and the Republic of Austria concerning the Regulation of Water Economy Questions in the Frontier Region (1956). This agreement prohibits a State from planning or constructing hydraulic works in the frontier waters of its own territory without consulting the other State, and prohibits any effect that would decrease the supply of water to the other State. It established the Permanent Hungarian-Austrian Water Commission to oversee any planning and settle disputes.

[88] For example, Convention between the Government of the French Republic and the Government of the Spanish State on the Delimitation of the Continental Shelves of the Two States in the Bay of Biscay (1974).

[89] For example, Agreement on Settlement of Maritime Boundary Lines and Sovereign Rights over Islands between Qatar and Abu Dhabi (1969), providing for equal rights of ownership and revenue sharing with respect to an oil field through which the boundary runs.

[90] For example, Itaipu Treaty (1972) between Brazil and Paraguay by which the section of the river that borders the two countries is owned and closely managed and monitored by the respective Governments.

[91] For example, Agreement between the Kingdom of Sweden and the Union of Soviet Socialist Republics on the Delimitation of the Continental Shelf of the Swedish Fishing Zone and the Soviet Economic Zone in the Baltic Sea (1988), providing that, in the formerly disputed area, each party will have fishing rights in that part of the zone allocated to the other party.

[92] For example, Treaty between the Republic of Trinidad and Tobago, and the Republic of Venezuela on the Delimitation of Marine and Submarine Areas (1990) by which Venezuelan ships and aircraft were granted the rights of transit passage through the strait located between Trinidad and Tobago.

110. En outre, en dehors du domaine de l'environnement proprement dit, beaucoup de régimes de gestion conjointe ont déjà été établis de part et d'autre de frontières nationales et le bilan de leur fonctionnement est satisfaisant.

Ce type d'expérience peut également être mis à profit dans le secteur de l'environnement.

La conclusion d'arrangements bilatéraux et multilatéraux a conduit à définir de nombreux principes sur le partage des ressources, les modalités d'une administration conjointe, et les droits de prospection minière sur le territoire relevant de la souveraineté d'un Etat tiers. Ces accords proposent de nombreux exemples concernant l'interdiction de certains types d'activité en dépit de la souveraineté nationale exercée sur la région. Nous disposons ainsi de beaucoup d'exemples concernant les forages pétroliers et la construction de fortifications dans les limites de certaines zones.

Il peut aussi être très utile, quand il s'agit de protéger l'environnement, de s'intéresser aux précédents relatifs à l'interdiction de certains types d'activité dans la zone en question[87].

D'autres accords créent une zone géographique de part et d'autre de la frontière et autorisent l'exploration et l'exploitation communes des ressources[88]. Il convient de citer l'exploitation pétrolière[89], la gestion d'un fleuve[90], les droits de pêche[91], le passage en transit[92], l'eau et l'énergie

---

[87] Par exemple, l'accord relatif à la souveraineté sur les îles Al-'Arabiyah et Farsi et à la délimitation de la zone sous-marine entre le Royaume d'Arabie saoudite et l'Iran (1968) interdit les forages pétroliers sur une distance de 500 mètres de chaque côté de la frontière. Voir également la convention entre la République populaire de Hongrie et la République d'Autriche réglementant les questions d'hydro-économie dans la zone frontière (1956) : cet accord interdit à chacun des deux Etats de prévoir ou de construire des ouvrages hydrauliques dans les eaux frontières de son propre territoire sans consulter l'autre Etat, et interdit toute opération ayant pour effet d'amputer l'approvisionnement en eau de l'autre Etat. Le même accord crée une commission permanente austro-hongroise de l'eau qui exerce un contrôle sur toutes les activités envisagées et est chargée de régler les litiges.

[88] C'est le cas, par exemple, pour la convention conclue entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de l'Etat espagnol sur la délimitation des plateaux continentaux des deux Etats dans le golfe de Gascogne (golfe de Biscaye) (1974).

[89] Voir par exemple l'accord sur le règlement de la frontière maritime et les droits souverains exercés sur les îles entre Qatar et Abou-Dhabi (1969), qui définit des droits de copropriété et le partage des recettes en ce qui concerne un gisement de pétrole que la frontière traverse.

[90] Voir par exemple le traité d'Itaipu (de 1972) conclu entre le Brésil et le Paraguay, en vertu duquel la partie du fleuve frontalier entre les deux pays fait l'objet d'un régime de copropriété ainsi que d'une gestion et d'un contrôle étroits des deux gouvernements.

[91] Voir par exemple l'accord conclu entre le Royaume de Suède et l'Union des Républiques socialistes soviétiques sur la délimitation du plateau continental de la zone de pêche suédoise et de la zone économique soviétique en mer Baltique (1988), aux termes duquel, dans la zone précédemment contestée, chaque partie bénéficie de droits de pêche dans la région de la zone attribuée à l'autre partie.

[92] Voir par exemple le traité conclu entre la République de Trinité et Tobago, d'une part, et, de l'autre, la République du Venezuela sur la délimitation des zones marines et sous-marines (1990), aux termes duquel les navires et les aéronefs de nationalité vénézuélienne se sont vu accorder le droit de transit par le détroit situé entre la Trinité et Tobago.

water and hydropower[93], pilgrimage[94], irrigation[95], and the use of arable and pasture lands[96] are some areas in which co-operative arrangements have been made, some of them dating back to periods long before environmental considerations had become a major issue.

The precedents are growing and the areas of co-operation expanding. The environmental area is one which is being particularly developed.

111. Many of these agreements include the establishment of a Joint Technical Commission or other co-operative supervisory body as well as a co-ordinate Declaration signed by the two Governments concerned, setting out a statement of principles which they will follow in the conservation or utilization of this common resource[97]. A notable instance of such joint regulation is the Frontier Water Commission and the Supreme Frontier Water Commission created by Germany and Denmark in the very detailed arrangement for the management of six watercourses between Germany and Denmark, under the 1922 Agreement between Denmark and Germany Relating to Watercourses on the German-Danish Frontier[98].

112. The international community has expressed concern for many years regarding the protection of environmental resources shared by two

---

[93] For example, Convention between the French Republic and the Federal Republic of Germany concerning the Development of the Rhine between Strasbourg/Kehl and Lauterbourg/Newburgweier (1969); Treaty between the United States and Canada Relating to Co-operative Development of Water Resources Relating to the Columbia River Basin (1961); Agreement between Argentina and Uruguay Relating to the Utilization of the Rapids of the Uruguay River in the Area of Salto Grande (1946).

[94] For example, Agreement between India and Sri Lanka on the Boundary in Historic Waters between the Two Countries and Related Matters (1974).

[95] For example, Treaty between Chile and Peru for the Settlement of the Dispute Regarding Tacna and Arica (1929), by which Chile gave Peru an easement over sections of certain irrigation channels which pass through Chilean territory.

[96] For example, Exchanges of Notes between the United Kingdom and France Constituting an Agreement Relating to the Boundary between the Gold Coast and French Sudan (1904) by which villages situated in proximity to the frontier shall enjoy rights to the use of arable and pasture lands, springs, and watering places on the other side of the border. Similar clauses were contained in agreements relating to the boundary between the Gold Coast and Ivory Coast (1905), and Southern Nigeria and Dahomey (1906).

[97] For both of these, see the Uruguay River Agreement referred to above. This Agreement was supplemented by the Declaration on Water Resources (1971) signed by the two Governments calling for the equitable and reasonable utilization of the river's water resources, and the prevention of pollution.

[98] For another example of detailed joint management provisions, see the Treaty between the Kingdom of the Netherlands and the Federal Republic of Germany concerning the Course of the Common Frontier, the Boundary Waters, Real Property Situated Near the Frontier, Traffic Crossing the Frontier on Land and via Waters, and Other Frontier Questions (1960), which creates a Permanent Boundary Water Commission, sub-commissions, and an arbitral tribunal to co-ordinate management and settle disputes.

hydroélectrique[93], les pèlerinages[94], l'irrigation[95] et l'utilisation de terres arables et de terres à pâturage[96] parmi les domaines dans lesquels la coopération a été instaurée officiellement, parfois très longtemps avant que les considérations écologiques aient pris l'importance qu'on leur attribue aujourd'hui.

Les précédents sont de plus en plus nombreux et les domaines de coopération s'étendent. Le domaine de l'environnement est de ceux qui se développent tout particulièrement.

111. Parmi ces accords, nombreux sont ceux qui portent création d'une commission technique mixte ou autre organe mixte de surveillance et auxquels est annexée une déclaration de coopération signée par les deux gouvernements intéressés et définissant les principes que lesdits gouvernements vont suivre aux fins de la conservation ou de l'exploitation de la ressource commune dont il s'agit[97]. Parmi les exemples de ces organes conjoints de réglementation figurent notamment la Commission des eaux frontières et la Commission supérieure des eaux frontières créées par l'Allemagne et le Danemark aux termes du dispositif extrêmement détaillé mis en place pour la gestion de six cours d'eau situés à la frontière entre l'Allemagne et le Danemark en vertu de la convention de 1922 entre le Danemark et l'Allemagne relative au règlement de la question des eaux et des digues à la frontière germano-danoise[98].

112. Cela fait des années que la communauté internationale se préoccupe de la protection des ressources naturelles partagées par deux ou plu-

---

[93] Voir par exemple la convention conclue entre la France et la République fédérale d'Allemagne au sujet de l'aménagement du Rhin entre Strasbourg/Kehl et Lauterbourg/Neuburgweier (1969); le traité conclu entre le Canada et les Etats-Unis d'Amérique relatif à la mise en valeur des ressources hydrauliques du bassin du fleuve Columbia (1961); l'accord entre l'Argentine et l'Uruguay relatif à l'utilisation des rapides du fleuve Uruguay dans la région du Salto Grande (1946).

[94] Voir à ce sujet l'accord entre Sri Lanka et l'Inde relatif à la détermination des limites dans les eaux historiques entre les deux pays et aux questions connexes (1974).

[95] Voir par exemple le traité entre le Chili et le Pérou réglant le différend relatif à Tacna et Arica (1929), aux termes duquel le Chili a accordé au Pérou des facilités d'accès sur certaines parties de canaux d'irrigation traversant le territoire chilien.

[96] Voir par exemple les échanges de notes entre le Royaume-Uni et la France constituant un accord relatif à la frontière entre la Côte d'Or et le Soudan français (1904), en vertu duquel les villages situés à proximité de la frontière bénéficient de droits relatifs à l'utilisation de terres arables et de terres à pâturage, de sources, et de points d'eau de l'autre côté de la frontière. Des dispositions analogues figurent dans des accords relatifs à leur frontière conclus entre la Côte d'Or et la Côte d'Ivoire (1905), et entre le Nigeria méridional et le Dahomey (1906).

[97] Pour les deux éléments en question, voir l'accord cité plus haut relatif au fleuve Uruguay. Cet accord a été complété par la déclaration de 1971 sur les ressources hydrauliques signée par les deux gouvernements, laquelle impose une utilisation équitable et raisonnable des ressources du fleuve ainsi que la prévention de la pollution.

[98] On a un autre exemple de dispositif détaillé de gestion conjointe avec le traité conclu entre les Pays-Bas et la République fédérale d'Allemagne en 1960 concernant le tracé de la frontière terrestre commune, les eaux frontières, les biens fonciers situés à proximité de la frontière, le passage de la frontière sur terre et par les eaux intérieures ainsi que d'autres questions frontalières, traité qui porte création d'une commission permanente des eaux frontières, de sous-commissions et d'un tribunal arbitral chargé de coordonner la gestion et de régler les litiges.

or more States, and I refer in this connection to General Assembly resolution 3129 of 13 December 1973 on Co-operation in the Field of the Environment concerning Natural Resources Shared by Two or More States, which stresses the necessity to ensure effective co-operation between countries for the conservation of natural resources common to two or more States. A similar concern for co-operation, in relation to transboundary environmental problems, was shown in Article 5 of the Ramsar Convention.

It would be in the spirit of resolutions such as this that such a joint régime be co-operatively evolved and brought into operation. The principles of environmental protection which they seek to foster have passed beyond the realm of mere aspiration, and are now part of customary international law.

113. I should refer also to the growing concern on the African continent for the preservation of valuable flora and fauna resources, as evidenced through such instruments as the African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources (the Algiers Convention) of 1968, by which 29 African States agreed to ensure, *inter alia*, the conservation, utilization, and development, in accordance with scientific principles, of flora and fauna resources, listing for this purpose a wide variety of protected species. It also requires the creation by participating States of conservation areas.

Conclusion

114. With these precedents and principles before them, there is ample scope for the Parties to be required to work out a joint régime for such matters as:

(a) protection of flora and fauna;
(b) right of access to the Island for citizens of both States;
(c) regulation of tourist traffic;
(d) river management and conservation;
(e) licensing of river craft;
(f) freedom of movement of wildlife to and from the Island;

(g) supervision by game wardens;
(h) permitted and prohibited activities on the Island;
(i) the adoption of a common set of principles for the protection of the natural resources of the area, including in particular the care and custody of wildlife.

In the event of a dispute regarding such administrative framework, the Court's assistance would always be available to the Parties, if so desired.

115. It is useful to note also in this regard the statement made to the Court by Namibia regarding its willingness to undertake joint anti-poaching measures with Botswana. In Namibia's submission:

sieurs Etats, et j'évoquerai à ce sujet la résolution 3129 de l'Assemblée générale en date du 13 décembre 1973 sur la coopération dans le domaine de l'environnement en matière de ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats, dans laquelle l'Assemblée estime qu'il est nécessaire d'assurer une coopération efficace entre les pays pour la conservation des ressources naturelles communes à deux ou plusieurs Etats. La convention Ramsar fait état à l'article 5 du même souci de coopération en ce qui concerne les problèmes environnementaux transfrontières.

La mise au point puis l'adoption d'un régime conjoint de coopération de ce type répondrait à l'esprit dont ces résolutions témoignent. Les principes de protection de l'environnement que ces textes cherchent à favoriser ne relèvent plus du simple vœu, ils sont aujourd'hui partie intégrante du droit international coutumier.

113. Je me dois d'évoquer aussi le souci grandissant qui se manifeste sur le continent africain pour la préservation de ressources précieuses de la flore et de la faune, comme en témoignent certains instruments tels que la convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles de 1968 (dite convention d'Alger), par laquelle vingt-neuf Etats d'Afrique ont convenu d'assurer notamment la conservation, l'utilisation et la mise en valeur conformément à des principes scientifiques des ressources de la flore et de la faune, énumérant à cette fin un long catalogue d'espèces protégées. Cette convention impose également la création par les Etats participants de zones de conservation.

Conclusion

114. Face à ces précédents et à ces principes, les Parties ont donc très largement la possibilité de se prêter à l'obligation d'élaborer un régime conjoint en vue d'assurer:

a) la protection de la flore et de la faune;
b) le droit d'accès à l'île à accorder aux ressortissants des deux Etats;
c) la réglementation de la circulation des touristes;
d) la gestion et la conservation du fleuve;
e) la délivrance de permis aux bateaux empruntant le fleuve;
f) la liberté de mouvement des animaux qui viennent sur l'île ou la quittent;
g) le contrôle à exercer par des gardes-chasse;
h) l'autorisation et l'interdiction de certaines activités sur l'île;
i) l'adoption d'une série commune de principes visant à garantir la protection des ressources naturelles de la région, y compris notamment la préservation et la garde de la faune.

En cas de litige sur un tel cadre administratif, les Parties pourraient toujours faire appel à l'aide de la Cour si elles le souhaitent.

115. Il y a lieu de relever aussi à ce sujet que la Namibie s'est déclarée devant la Cour désireuse de lutter en coopération avec le Botswana contre le braconnage. Je cite la Namibie:

> "Apart from our commitment to conservation, we believe that such joint anti-poaching measures would greatly enhance mutual trust and co-operation between the people of Namibia and Botswana."[99]

116. I would therefore hold that, while Kasikili/Sedudu Island falls within the sovereignty of Namibia, Namibia is obliged to negotiate with Botswana towards a mutually acceptable joint regulatory régime regarding, *inter alia*, the matters set out above. Such action must be within the framework of principles set out in the Biodiversity and other Conventions to which both States are parties. Until such time as the Joint Regulatory Régime is set up, the game wardens and tourists of Botswana shall have access to the Island.

* * *

117. The future will demand an international law that is sensitive and responsive to the problems of environmental law. The careful integration of the necessary principles of environmental law into the traditional body of international law is an important task awaiting attention. The principles and the duties arising from environmental obligations now superimpose themselves upon such rights arising from State sovereignty as may have been recognized by prior international law in an absolutist form.

118. The dispute here under consideration offers an opportunity for significant movement in this direction, with the possibility it presents for the incorporation of environmental concerns into boundary delimitation, and with the development of the concept of joint régimes for conserving the common environmental heritage. As international law reaches out to face the problems of the future, considerations of co-operative action may well seem appropriate where undiluted considerations of individual sovereignty once held sway.

119. I would like to observe in conclusion that the pressures bearing down on the environment are so universal that the international disputes of the future will increasingly involve considerations of an environmental nature. These considerations, if not directly or indirectly related to the matters in issue, will often be at least peripheral to them. Judicial decisions will necessarily be obliged to take them into account. International law will not be without its resources of evolving concepts and mechanisms wherewith to address these unprecedented concerns.

(*Signed*) Christopher G. WEERAMANTRY.

---

[99] CR 99/10, p. 16, para. 24.

> «Outre que nous sommes attachés à la conservation, nous pensons qu'une action conjointe contre le braconnage renforcerait la confiance et la coopération entre les peuples de Namibie et du Botswana.»[99]

116. Je suis par conséquent d'avis que la Namibie, même si l'île de Kasikili/Sedudu relève de sa souveraineté, est dans l'obligation de négocier avec le Botswana un régime conjoint de réglementation qui soit acceptable de part et d'autre, en ce qui concerne notamment les questions que j'ai évoquées ci-dessus. Cette action doit s'inscrire dans le cadre des principes définis dans la convention sur la diversité biologique et les autres conventions de ce type auxquelles les deux Etats sont parties. Jusqu'au moment où un tel régime conjoint de réglementation sera mis en place, les gardes-chasse et les touristes du Botswana pourront avoir accès à l'île.

* * *

117. L'avenir exigera du droit international qu'il soit sensible aux problèmes propres au droit de l'environnement et en tienne compte. Intégrer avec soin les principes indispensables du droit de l'environnement dans le *corpus* traditionnel du droit international représente une tâche importante à laquelle il faut prêter attention. Les principes et les devoirs découlant d'obligations relatives à l'environnement viennent aujourd'hui se surimposer à des droits découlant de la souveraineté étatique auxquels le droit international accordait naguère peut-être un caractère absolu.

118. Le différend à l'examen nous donne la possibilité de progresser nettement dans cette voie, puisqu'il permet d'intégrer des préoccupations écologiques à une délimitation de frontière et d'exploiter la notion de régime conjoint aux fins de la conservation du patrimoine environnemental commun. Le droit international devant faire face aux problèmes de l'avenir, des considérations liées à un effort de coopération peuvent fort bien paraître opportunes là où, naguère, des considérations de souveraineté individuelle gardaient toute leur force et prenaient le pas.

119. Je tiens à faire observer en guise de conclusion que les pressions qui s'exercent sur l'environnement ont un caractère à ce point universel que les différends internationaux de l'avenir vont de plus en plus souvent faire appel à des considérations environnementales. Si elles ne sont pas directement ou indirectement liées aux questions en litige, ces considérations s'inscriront souvent en tous cas à la périphérie. Les décisions judiciaires devront nécessairement en tenir compte. Le droit international ne manquera pas de faire appel à ses ressources pour élaborer des notions et des mécanismes permettant d'aborder ces préoccupations nouvelles.

(*Signé*) Christopher G. WEERAMANTRY.

---

[99] CR 99/10, p. 16, par. 24.

DISSENTING OPINION OF JUDGE FLEISCHHAUER

Interpretation of the term "main channel"/"Hauptlauf" *in Article III of the 1890 Treaty — The applicable law — The ordinary meaning of the term — Object and purpose of the 1890 Treaty — The context in which the term is used — The error of the Parties to the 1890 Treaty in the appreciation of the possible uses of the Chobe River — The third paragraph of the* dispositif *of the Judgment — Final remark on the role of prescription in the case.*

I have voted against paragraphs 1 and 2 of the *dispositif* of the Court's Judgment. For the reasons which I will explain below, I dissent from the Court's interpretation of the term the "main channel of that river"/"Hauptlauf dieses Flusses"[1] in Article III (2) of the 1890 Treaty as meaning the northern rather than the southern channel of the Chobe around Kasikili/Sedudu Island. As for the rest of the Judgment, I agree with almost all its other parts, including the conclusion that the rules reflected in Article 31 of the Vienna Convention are applicable to the interpretation of the 1890 Treaty and the finding that the boundary established by Article III (2) of that Treaty follows the *thalweg* rather than the median line of the main channel. As the Court does not accept Namibia's argument on acquisitive prescription, the territorial status of the Island depends entirely on the course of the boundary. My dissent on the interpretation of the term "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" therefore affects not only my view on the location of the boundary, but also my view on the status of the Island. This explains why I voted not only against the first but also against the second paragraph of the *dispositif*. For considerations which I will also explain below, I voted, however, in favour of the third paragraph.

Among the many parts of the Judgment with which I agree, is the Court's conclusion that Namibia has no title to the Island based on prescription, as

> "Namibia has not established with the necessary degree of precision and certainty that acts of State authority capable of providing alternative justification for prescriptive title, in accordance with the conditions set out by Namibia, were carried out by its predecessors or by itself with regard to Kasikili/Sedudu Island" (Judgment, para. 99).

---

[1] In Article III (2) of the 1890 Treaty the term is used in the genitive. That makes it read in German *des Hauptlaufes dieses Flusses*. For reasons of convenience, I quote the term in German in the nominative *Hauptlauf dieses Flusses*.

OPINION DISSIDENTE DE M. FLEISCHHAUER

[Traduction]

Interprétation de l'expression «chenal principal» («Hauptlauf») *à l'article III du traité de 1890 — Le droit applicable — Le sens ordinaire du terme — Objet et but du traité de 1890 — Le contexte dans lequel l'expression est utilisée — L'erreur commise par les Parties au traité de 1890 quand elles ont apprécié les utilisations possibles du Chobe — Le troisième paragraphe du* dispositif *de l'arrêt — Une dernière observation sur le rôle de la prescription en l'espèce.*

J'ai voté contre les paragraphes 1 et 2 du dispositif de l'arrêt de la Cour. Pour les raisons que je vais exposer, je ne souscris pas à l'interprétation que donne la Cour de l'expression «chenal principal du fleuve» (*«Hauptlauf dieses Flusses»*)[1] figurant au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890, laquelle viserait le chenal nord plutôt que le chenal sud du Chobe contournant l'île de Kasikili/Sedudu. Pour le reste de l'arrêt, j'y souscris presque intégralement, y compris quand la Cour conclut que les règles exposées à l'article 31 de la convention de Vienne s'appliquent à l'interprétation du traité de 1890 et aussi quand elle constate que la frontière définie au paragraphe 2 de l'article III dudit traité suit le thalweg plutôt que la ligne médiane du chenal principal. Comme la Cour n'accepte pas la thèse présentée par la Namibie sur la prescription acquisitive, le statut territorial de l'île est totalement tributaire du tracé de la frontière. Refuser comme je le fais l'interprétation de l'expression «chenal principal du fleuve» (*«Hauptlauf dieses Flusses»*) engage par conséquent non seulement ce que je pense de l'emplacement de la frontière mais aussi ce que je pense du statut de l'île. Ce qui explique pourquoi j'ai voté non seulement contre le premier paragraphe du dispositif mais aussi contre le deuxième. En raison de considérations que je vais également exposer ci-après, toutefois, j'ai voté pour le troisième paragraphe.

Au nombre des multiples sections de l'arrêt auxquelles je souscris figure la conclusion par laquelle la Cour dit que la Namibie n'a pas de titre sur l'île qu'elle puisse fonder sur la prescription, car

> «La Namibie n'a pas prouvé avec le degré de précision et de certitude nécessaire que des actes d'autorité étatique susceptibles de fonder autrement l'acquisition d'un titre par prescription selon les conditions qu'elle a énoncées auraient été accomplis par ses prédécesseurs ou par elle-même sur l'île de Kasikili/Sedudu.» (Arrêt, par. 99.)

---

[1] Au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890, l'expression est utilisée au génitif. C'est-à-dire qu'en allemand on lit *des Hauptlaufes dieses Flusses*. Par commodité, je cite l'expression en allemand au nominatif *Hauptlauf dieses Flusses*.

But, in my view, the Court should also have found that Namibia's immediate predecessor in the Caprivi Strip, South Africa, could not have acquired prescriptive title over the Island.

My reasoning is as follows:

I. THE INTERPRETATION OF THE TERM "MAIN CHANNEL"/"*HAUPTLAUF*" IN ARTICLE III (2) OF THE 1890 TREATY

The Applicable Law

1. The Judgment correctly starts from the fact that although

> "neither Botswana nor Namibia are parties to the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, . . . both of them consider that Article 31 of the Vienna Convention is applicable inasmuch as it reflects customary international law" (Judgment, para. 18).

The Judgment goes on to say that "[t]he Court itself has already had occasion in the past to hold that customary international law found expression in Article 31 of the Vienna Convention" (*ibid.*); it further says

> "Article 4 of the Convention, which provides that it 'applies only to treaties which are concluded by States after the entry into force of the . . . Convention . . .' does not, therefore, prevent the Court from interpreting the 1890 Treaty in accordance with the rules reflected in Article 31 of the Convention." (*Ibid.*)

2. The Vienna Convention on the Law of Treaties establishes in its Articles 31-33 a system of treaty interpretation. Article 31, paragraph 1, provides that, based on the principle of good faith, the ordinary meaning of the term to be interpreted has to be explored in the light of the object and purpose of the treaty in which the term finds itself and the context in which it is used. While upholding that the parties are to be presumed to have that intention, which appears from the terms used by them, the Vienna Convention thus does not force the Court to find the abstract meaning of contested terms and to proceed on that basis; what the Court is asked is rather to explore the intention of the Parties, the reason why they used the particular term, and to proceed on that more nuanced basis.

The Ordinary Meaning of the Term "the Main Channel of That River"/"Hauptlauf dieses Flusses"

3. Looking at the term as used in Article III (2) of the 1890 Treaty, I note that in its ordinary meaning it does not give an even approximately precise indication of the channel of the Chobe River in which the delimi-

Mais à mon avis, la Cour aurait dû dire aussi que le prédécesseur immédiat de la Namibie dans la bande de Caprivi, c'est-à-dire l'Afrique du Sud, ne pouvait pas non plus avoir acquis par prescription de titre sur l'île.

Ma motivation est la suivante:

I. L'INTERPRÉTATION DE L'EXPRESSION « CHENAL PRINCIPAL » (« *HAUPTLAUF* ») FIGURANT AU PARAGRAPHE 2 DE L'ARTICLE III DU TRAITÉ DE 1890

Le droit applicable

1. La Cour dit très justement au début de l'arrêt que si

> « ni le Botswana ni la Namibie ne sont parties à la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités ... l'un et l'autre estiment que l'article 31 de la convention de Vienne est applicable en tant qu'expression du droit international coutumier » (arrêt, par. 18).

La Cour ajoute qu'« elle-même a déjà eu l'occasion de rappeler par le passé que le droit international coutumier avait trouvé son expression dans l'article 31 de la convention de Vienne » (*ibid.*); elle dit en outre:

> « L'article 4 de la convention, selon lequel « celle-ci s'applique uniquement aux traités conclus par des Etats après son entrée en vigueur... » ne constitue donc pas un obstacle à ce que la Cour interprète le traité de 1890 suivant les règles exprimées à l'article 31 de la convention. » (*Ibid.*)

2. La convention de Vienne sur le droit des traités établit aux articles 31 à 33 un système d'interprétation des traités. L'article 31 dispose au paragraphe 1 que l'on doit, en se fondant sur le principe de la bonne foi, rechercher le sens ordinaire à attribuer aux termes à interpréter à la lumière de l'objet et du but du traité dans lequel ces termes sont utilisés et du contexte dans lequel ils sont utilisés. Tout en disant que les parties sont censées avoir eu l'intention qui ressort des termes qu'elles ont utilisés, la convention de Vienne n'oblige donc pas la Cour à rechercher le sens abstrait de certains termes contestés et de s'y tenir dans la suite de ses recherches; il est plutôt demandé à la Cour de rechercher l'intention des parties, la raison pour laquelle elles ont retenu le terme particulier dont il s'agit et d'instruire l'affaire sur ces bases plus nuancées.

Le sens ordinaire de l'expression « chenal principal du fleuve » (« Hauptlauf dieses Flusses »)

3. En constatant comment l'expression est utilisée au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890, je note que, suivant son sens ordinaire, elle ne donne aucune indication précise, fût-elle approximative, du chenal du

tation between the British and the German spheres of interest is to be placed. It seems that the negotiating parties had, through reports of travellers and explorers and early maps prepared by them, a superficial knowledge of the topography they were dealing with (see Benjamin Bradshaw, "Notes on the Chobe River, South Central Africa", *Proceedings of the Royal Geographic Society* (1881), pp. 208 ff., Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 115, pp. 117 ff.; Map I/2, *ibid.*, Vol. VII, p. 4). The reference to the "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" indicates that they knew that the Chobe has, at different locations at least, several channels, and that they wanted to place the line of delimitation into the principal one of these channels. But there the matter ends. There is neither in English nor in German a common understanding of the term which would apply in a general fashion to the determination, in case of doubt, which among several channels of a river is the main one. There is — as the discussion about the role of navigability in the determination of the main channel of the Chobe shows — not even agreement on all of the criteria which play a role for that evaluation and disagreement on the meaning or weight to be given to some of them. And the same is true for the German word "*Hauptlauf*".

Nor is there an ordinary meaning of the term "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" in a hydrological sense. The intense hydrological debate which has taken place for years between the Parties and during these proceedings before the Court, was about, *inter alia*, the annual flow of water that goes through either of the two channels and in this context about what precisely constitutes the southern channel, the comparative visibility of the two channels during the flow seasons and during the dry parts of the year and the bed profile configuration of the channels. The Parties did not only disagree in substance on these matters, but also on their relevance and applicability in the determination of the main channel of the Chobe at Kasikili/Sedudu Island.

4. The Judgment lays much weight on the ordinary meaning of the term "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*". In order to define that meaning, the Court bases itself on "the most commonly used criteria in international law and practice, to which the Parties have referred" (Judgment, para. 27).

Accordingly, the Court addresses the criteria relied on by the Parties and analyses their views on each of them before formulating brief conclusions of its own (Judgment, paras. 29-41). As a result, the Court is no more successful in establishing the ordinary meaning of "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" than the Parties are in their parallel efforts. A number of the conclusions arrived at by the Court are not arbitrary as they are based on presentations by the Parties, but nevertheless subjective in nature and without a clear justification. In the end the Court's conclusion that

Chobe dans lequel il faut situer la délimitation entre les sphères d'intérêt britannique et allemande. Il semble que les parties appelées à négocier n'aient eu, grâce à des récits de voyageurs et d'explorateurs et des premières cartes établies par ces derniers, qu'une connaissance tout à fait superficielle de la topographie à laquelle elles avaient affaire (voir Benjamin Bradshaw, *« Notes on the Chobe River, South Central Africa », Actes de la Royal Geographic Society* (1881), p. 208 et suiv., mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 115, p. 117 et suiv.; carte I/2, *ibid.*, vol. VII, p. 4). Comme les parties font mention du «chenal principal du fleuve» *(« Hauptlauf dieses Flusses »)*, elles savaient que le Chobe présente, en différents endroits du moins, plusieurs chenaux, et elles voulaient situer la délimitation dans le chenal principal parmi ces différents chenaux. Mais les indications fournies s'arrêtent là. Il n'y a ni en anglais ni en allemand d'interprétation commune de l'expression qui s'appliquerait systématiquement, en cas de doute, à la détermination du chenal principal parmi les différents chenaux d'un même fleuve. Il n'existe pas même d'entente, comme le montre le débat sur le rôle de la navigabilité dans la détermination du chenal principal du Chobe, sur la totalité des critères qui jouent un rôle aux fins de cette évaluation et l'on ne s'entend pas non plus sur le sens ou le poids à attribuer à certains de ces critères. Et il en va de même pour le terme allemand *« Hauptlauf »*.

Il n'existe pas non plus de sens ordinaire à attribuer à l'expression «chenal principal du fleuve» *(« Hauptlauf dieses Flusses »)* du point de vue hydrologique. Sur ce plan, le débat animé qui oppose les Parties depuis des années et aussi pendant l'instance devant la Cour a notamment porté sur le débit annuel de l'eau qui s'écoule dans les deux chenaux et, dans ce contexte, sur ce qui constitue avec précision le chenal sud, la visibilité comparée des deux chenaux pendant la saison des crues et la saison sèche de l'année et sur la configuration du profil du lit des mêmes chenaux. Sur ces questions, non seulement les Parties s'opposent quant au fond, elles s'opposent aussi quant à leur pertinence et leur applicabilité à la détermination du chenal principal du Chobe à la hauteur de l'île de Kasikili/Sedudu.

4. L'arrêt accorde beaucoup d'importance au sens ordinaire de l'expression «chenal principal du fleuve» *(« Hauptlauf dieses Flusses »)*. Pour définir ce sens ordinaire, la Cour se fonde sur «les critères les plus couramment utilisés en droit international et dans la pratique des Etats, que les Parties ont invoqués» (arrêt, par. 27).

La Cour s'interroge donc sur les critères utilisés par les Parties et analyse l'avis qu'elles formulent sur chacun d'eux avant d'énoncer de brèves conclusions qui lui sont propres (arrêt, par. 29-41). Au bout du compte, la Cour ne parvient pas mieux à établir le sens ordinaire de l'expression «chenal principal du fleuve» *(« Hauptlauf dieses Flusses »)* que les Parties elles-mêmes à la suite de leurs propres recherches. Un certain nombre des conclusions qu'énonce la Cour ne sont pas arbitraires puisqu'elles sont fondées sur les thèses des Parties mais elles sont néanmoins subjectives et ne sont pas clairement justifiées. Finalement, la Cour conclut que

> "in accordance with the ordinary meaning of the terms that appear in the pertinent provision of the 1890 Treaty, the northern channel of the River Chobe around Kasikili/Sedudu Island must be regarded as its main channel" (Judgment, para. 41)

remains unconvincing.

Apparently recognizing the shortcomings of its efforts, the Court repeatedly refers to the findings of Captain Eason in 1912, Messrs. Trollope and Redman in 1948, and the Joint Survey of 1985, all of which are to the effect that, at Kasikili/Sedudu Island, the northern channel of the Chobe has to be regarded as the "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" (Judgment para. 33, para. 42, and para. 80). The Judgment correctly states that those findings do not constitute subsequent agreements or subsequent practice in the sense of Article 31, paragraph 3, but refers to them as giving support to its own conclusion on the northern channel as the main channel of the Chobe around Kasikili/Sedudu Island:

> "The Court finds that these facts, while not constituting subsequent practice by the parties in the interpretation of the 1890 Treaty, nevertheless support the conclusions which it has reached by interpreting Article III, paragraph 2, of the 1890 Treaty in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms . . ." (Judgment, para. 80.)

In making this statement however, the Court does not take account of the fact that neither Eason nor Trollope and Redman were hydrological experts and that the Court has not been informed of the basis on which they reached their conclusions; moreover, the report on the Joint Survey, according to South Africa, did not prove conclusively that the Island belongs to Botswana.

In its effort to establish an ordinary meaning of the term to be interpreted, on which the Court could proceed, the Judgment is not fully consonant with the system of interpretation provided for by the Vienna Convention. It discusses only certain aspects of the object and purpose of the 1890 Treaty and does not deal at all with the context in which the term "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" is used in that Treaty (Judgment, paras. 43-45). Object and purpose of the Treaty in which the term to be interpreted finds itself and the context in which the term has been used, are important elements of treaty interpretation as they throw light on the intentions of the Parties which are a key factor for treaty interpretation as foreseen by the Vienna Convention. An interpretation of the term "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*", which properly takes into account the object and purpose of the Treaty and the context in which this term is used in Article III (2), leads to a result that is different from the one reached by the Court in its Judgment.

> «le chenal nord du Chobe autour de l'île de Kasikili/Sedudu doit être considéré comme son chenal principal suivant le sens ordinaire des termes figurant dans la disposition pertinente du traité de 1890» (arrêt, par. 41)

mais cette conclusion demeure peu convaincante.

Reconnaissant apparemment que ses recherches n'aboutissent pas vraiment, la Cour fait sans cesse appel aux constatations du capitaine Eason qui datent de 1912, de MM. Trollope et Redman, lesquelles datent de 1948, et de l'étude conjointe de 1985, qui visent toutes à dire qu'à la hauteur de l'île de Kasikili/Sedudu, c'est le chenal nord du Chobe qui doit être considéré comme le «chenal principal du fleuve» *(«Hauptlauf dieses Flusses»)* (arrêt, par. 33, 42 et 80). Il est dit fort justement dans l'arrêt que ces constatations ne constituent pas des accords ultérieurs ni une conduite ultérieure au sens de l'article 31, paragraphe 3 de la convention de Vienne, mais ces éléments appuieraient la conclusion propre de la Cour pour qui le chenal nord est le chenal principal du Chobe aux alentours de l'île de Kasikili/Sedudu:

> «La Cour estime que ces faits, même s'ils ne constituent pas une «pratique ultérieure» des parties au traité de 1890 quant à l'interprétation de celui-ci, n'en étayent pas moins les conclusions auxquelles elle est parvenue en interprétant le paragraphe 2 de l'article III du traité suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes...» (Arrêt, par. 80.)

En énonçant cette conclusion toutefois, la Cour ne tient pas compte du fait que ni Eason ni Trollope et Redman n'étaient des experts en hydrologie et qu'il ne lui a pas été dit d'après quels éléments ils ont formulé leurs conclusions; en outre, le rapport de la commission mixte, d'après l'Afrique du Sud, n'a pas prouvé de façon déterminante que l'île appartient au Botswana.

En voulant attribuer un sens ordinaire à l'expression qu'il faut interpréter de façon que la Cour puisse poursuivre sa recherche, l'arrêt n'est pas parfaitement compatible avec le système d'interprétation mis en place par la convention de Vienne. L'arrêt n'évoque que certains aspects de l'objet et du but du traité de 1890 et ne traite pas du tout du contexte dans lequel l'expression «chenal principal du fleuve» *(«Hauptlauf dieses Flusses»)* est utilisée dans le traité (arrêt, par. 43-45). Or, l'objet et le but du traité dans lequel figurent les termes à interpréter et le contexte dans lequel les termes sont utilisés sont des éléments importants de l'interprétation du traité parce qu'ils éclairent les intentions des parties, intentions qui sont une clé indispensable de l'interprétation du traité en vertu des dispositions de la convention de Vienne. Or, une interprétation de l'expression «chenal principal du fleuve» *(«Hauptlauf dieses Flusses»)* qui tient comme il faut compte de l'objet et du but du traité et du contexte dans lequel l'expression est utilisée au paragraphe 2 de l'article III du traité aboutit à un autre résultat que celui qu'enregistre la Cour dans son arrêt.

Object and Purpose of the 1890 Treaty

5. As to object and purpose of the 1890 Treaty, I would like to first observe that the 1890 Treaty is a bilateral treaty and that, as is often the case with bilateral treaties, object and purpose pursued with the Treaty by its parties follow fairly clearly from its text. The object of the 1890 Treaty were the spheres of influence of the two contracting parties in Africa and the purpose was their agreed delimitation (Arts. I-IV of the Treaty) in order to secure the respect by each of the parties of the sphere of the other (Art. VII). Although the delimitations provided for in the Treaty have evolved to become existing boundaries between African States, including the boundary between Namibia and Botswana, the Treaty has not to be regarded as a boundary treaty in the technical sense; the Treaty was meant to keep the political relations between the two contracting States undisturbed by rivalry in Africa. This cannot be overlooked in its interpretation; the Treaty must not be understood as meaning a comprehensive settlement of all questions regarding the actual course of the delimitations it establishes. It seems quite compatible with the Treaty's object and purpose that, in certain places, it sets forth only in broad lines where the delimitation of the spheres of interests runs but leaves the fixation of its course in detail to the future application of the Treaty.

What has just been said on the object and purpose of the 1890 Treaty means what follows for the determination of the meaning of the term "main channel of that river" in Article III (2) of that Treaty.

6. The object and purpose of the 1890 Treaty were that the parties wanted to establish an easily definable delimitation of their zones of influence in the north-eastern corner of South West Africa as well as elsewhere in Africa. Once they had given up the reference to parallels of latitude and longitude in the drawing of the line of delimitation, the next best method from the point of view of clarity would have been to fix, in the area of Kasikili/Sedudu Island, the line of delimitation on the crest of the Chobe Ridge. The Chobe Ridge runs on the south bank of the Chobe River, which is the right bank, and was known at the time of the negotiation of the Treaty (see B. F. Bradshaw, "Notes on the Chobe River, South Central Africa", *Proceedings of the Royal Geographic Society* (1881), pp. 208 ff.). The Ridge is clearly visible and does not disappear under water in the flood season. However, for reasons which have to do with the supposition of the parties that the Chobe is navigable and gives access to the Zambezi by river, the parties to the 1890 Treaty specified that the line of delimitation had to be in the "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*", meaning the Chobe.

This now makes the southern channel the "main channel"/"*Hauptlauf*" in the sense of Article III (2). This is so because in the entire area of Kasikili/Sedudu Island the southern channel runs along the Chobe Ridge. The Chobe Ridge acts like a dam along which the waters of the Chobe run upstream in the beginning of the flood season when they are backed

Objet et but du traité de 1890

5. En ce qui concerne l'objet et le but du traité de 1890, je tiens à faire tout d'abord observer que ce traité de 1890 est un traité bilatéral et que, comme c'est souvent le cas avec les traités bilatéraux, l'objet et le but que ses parties assignent au traité ressortent assez clairement du texte. L'objet du traité de 1890 portait sur les sphères d'influence des deux parties contractantes en Afrique et le but était de délimiter d'un commun accord lesdites sphères (art. I à IV du traité) pour que chacune des parties respecte la sphère de l'autre (art. VII). Les délimitations envisagées dans le traité ont évolué pour devenir aujourd'hui des frontières entre des Etats d'Afrique, notamment la frontière entre la Namibie et le Botswana, mais le traité ne doit pas être considéré comme un traité frontalier au sens technique; ce traité était censé épargner aux deux Etats contractants des perturbations de leurs relations politiques dues à leurs rivalités en Afrique. C'est là un élément à ne pas omettre quand on interprète le traité; celui-ci ne doit pas être entendu comme réglant dans tous les détails toutes les questions que peut soulever le tracé concret des délimitations définies dans l'accord. Il paraît tout à fait compatible avec l'objet et le but du traité que celui-ci ne donne à certains endroits qu'une idée générale du tracé de la délimitation des sphères d'intérêt, remettant à plus tard, lors de l'application ultérieure du traité, le soin de fixer ce tracé dans le détail.

Ce qui vient d'être dit sur l'objet et le but du traité de 1890 signifie ce qui suit ci-dessous pour la détermination du sens de l'expression «chenal principal du fleuve» figurant au paragraphe 2 de l'article III dudit traité.

6. L'objet et le but du traité de 1890 était que les parties voulaient établir une délimitation facile à définir de leurs zones d'influence dans la région nord-est du Sud-Ouest africain et ailleurs également en Afrique. Après avoir donné pour point de référence, aux fins du tracé de la délimitation, les parallèles de latitude et de longitude, le meilleur moyen d'être clair aurait consisté ensuite à situer, dans la zone de l'île de Kasikili/Sedudu, la ligne de délimitation au sommet de l'arête du Chobe. Cette arête suit la rive sud du Chobe, c'est-à-dire la rive droite, et était connue à l'époque de la négociation du traité (voir B. F. Bradshaw, *«Notes on the Chobe River, South Central Africa», Actes de la Royal Geographic Society* (1881), p. 208 et suiv.). Cette arête est clairement visible et n'est pas submergée à la saison des crues. Toutefois, sans doute parce que les parties supposaient que le Chobe est navigable et permet d'accéder au Zambèze par une voie d'eau, les parties au traité de 1890 ont précisé qu'il fallait situer la ligne de délimitation dans le «chenal principal du fleuve» *(«Hauptlauf dieses Flusses»)*, c'est-à-dire le Chobe.

Il faut en déduire que c'est le chenal sud qui est le «chenal principal du fleuve» *(«Hauptlauf»)* au sens du paragraphe 2 de l'article III. Pourquoi? Parce que, dans toute la zone de l'île de Kasikili/Sedudu, le chenal sud suit l'arête du Chobe. Cette arête du Chobe fait en quelque sorte fonction de barrage le long duquel les eaux du Chobe remontent vers

up by the Mambova Rapids and downstream at the end of that season. The Ridge also backs up the overflow waters that come down from the Zambezi and directs them to flow off through the southern channel. Consequently the yearly flow of water in the southern channel is such that the Parties disagree whether the northern or the southern channel has the greater flow. The Chobe Ridge also identifies the location of the southern channel and thereby a boundary located in that channel; even in times of high water, when the left bank of the southern channel is under water, the exact location of the *thalweg* can be established from the Ridge, once the necessary measurements have been taken during the dry season. This could not be easily done in the northern channel, both banks of which are under water in the flood season.

Object and purpose of the 1890 Treaty therefore show that the "main channel"/"*Hauptlauf*" of the Chobe in which the boundary is meant to run is the southern channel.

This finding is supported by the fact that after the conclusion of the 1890 Treaty it was at first generally assumed as quite natural that the delimitation line established by the Treaty lies in the southern channel, an assumption that found its way into early maps.

The Context in Which the Term "Main Channel of That River"/"Hauptlauf dieses Flusses" *Is Used in Article III (2) of the 1890 Treaty*

7. The context in which the terms of a treaty are used is necessarily connected with the object and purpose of the treaty itself. That does not mean, however, that the context is always identical with, or indistinguishable from, object and purpose of the treaty. The context in which a term is used in a treaty may relate to the overall realization of the object and purpose of the treaty; but the context may as well concern the realization of a particular feature or aspect of the treaty. This is the case with the term "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" in Article III (2) of the 1890 Treaty.

Article III deals with the spheres of influence of the two contracting parties in South West Africa, and paragraph 2 of this Article in particular with the eastern delimitation of the sphere of influence reserved for Germany. In establishing that delimitation, the two parties intended to meet a particular German request, accepted by Great Britain, namely that "Germany shall have free access from her Protectorate to the Zambesi" (second subparagraph of Article III (2)).

Rivers were regarded at the time as potentially important means for the further exploration and the development of Africa. As the Judgment states: "The great rivers of Africa traditionally offered the colonial

l'amont au début de la saison des crues quand ces eaux sont étoffées par les rapides de Mambova et elles s'écoulent vers l'aval à la fin de ladite saison. L'arête fait également obstacle à la crue qui descend du Zambèze et en dirige l'évacuation par le chenal sud. C'est pourquoi le courant annuel dans le chenal sud est tel que les Parties s'opposent sur le point de savoir quel chenal, le chenal nord ou le chenal sud, a le plus fort débit. L'arête du Chobe permet aussi d'identifier l'emplacement du chenal sud et par conséquent de toute frontière située dans ledit chenal; même en période de crue, quand la rive gauche du chenal sud est submergée, l'emplacement exact du thalweg peut être établi à partir de l'arête, une fois que les mesures voulues ont été prises pendant la saison sèche. On ne peut pas en faire autant facilement dans le chenal nord, dont les deux rives sont submergées pendant la saison des crues.

L'objet et le but du traité de 1890 montrent par conséquent que le «chenal principal du fleuve» *(«Hauptlauf»)* du Chobe dans lequel la frontière doit être située est le chenal sud.

Cette conclusion est étayée par le fait qu'à la suite de la conclusion du traité de 1890 on a tout d'abord estimé en règle générale qu'il était tout à fait naturel que la ligne de délimitation établie par le traité se situe dans le chenal sud, et cette présomption s'est exprimée dans les premières cartes de la région.

Le contexte dans lequel l'expression «chenal principal du fleuve» («Hauptlauf dieses Flusses») *est utilisée au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890*

7. Le contexte dans lequel les termes d'un traité sont utilisés est nécessairement lié avec l'objet et le but du traité lui-même. Cela ne veut toutefois pas dire que ce contexte s'identifie à l'objet et au but du traité ou qu'il en est indissociable. Le contexte dans lequel un certain terme est utilisé dans un traité peut être en rapport avec la réalisation globale de l'objet et du but du traité; mais ce contexte peut également concerner la réalisation d'un caractère particulier ou d'un aspect particulier du traité. Tel est le cas avec l'expression «chenal principal du fleuve» *(«Hauptlauf dieses Flusses»)* figurant au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890.

L'article III en question porte sur les sphères d'influence des deux parties contractantes dans le sud-ouest africain et le paragraphe 2 de cet article porte en particulier sur la délimitation orientale de la sphère d'influence réservée à l'Allemagne. En établissant cette délimitation, les deux parties voulaient répondre favorablement à une demande de l'Allemagne, acceptée par la Grande-Bretagne, qui était que «l'Allemagne [ait] libre accès au Zambèze depuis son protectorat» (deuxième alinéa du paragraphe 2 de l'article III).

Les fleuves étaient considérés à l'époque comme des moyens potentiellement importants d'explorer plus avant l'Afrique et de développer le continent. Comme il est dit dans l'arrêt: «Les grands fleuves de l'Afrique ont

powers a highway penetrating deep into the African continent." (Judgment, para. 44.) The German interest in access to the Zambezi was motivated by such conceptions. The access of Germany to the Zambezi was to be twofold: by land and by river.

As to the access by land, the second subparagraph of Article III (2) of the 1890 Treaty states that the access of Germany to the Zambezi shall be "by a strip of territory which shall at no point be less than 20 English miles in width". The access by river was to be through the River Chobe and the delimitation between the British and the German sphere of interest was to run in the "centre of the main channel of that river"/"*Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses*" to "its junction with the Zambesi, where it terminates" (Art. III (2) of the 1890 Treaty), so that both parties had equal access to the Chobe and its uses. Originally there was only the reference to access to the Zambezi by the Chobe. The passage regarding access by land did not yet figure in the text initialled by the British and German negotiators on 17 June 1890, 13 days before the signature of the Treaty. Until then, there was only the following reference to the Chobe:

> "The frontier between the German territory and the English territory in the south-west of Africa shall follow, from the point which has been agreed upon in previous arrangements, the 22nd degree of south latitude (leaving Lake Ngami to England), to the east up to the 21st degree of longitude; from thence to the north to where that degree touches the 18th degree of south latitude. *Thence the line of demarcation shall be carried to the east along the centre of the River Tschobi, up to the point where it flows into the Zambesi.*" (Initialled Agreement between the representatives of Germany and Great Britain, 17 June 1890 (PRO, FO 881/6146, No. 48), Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 21, p. 114; emphasis added.)

The negotiating history of the term "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" in Article III (2) of the 1890 Treaty thus confirms that this term has been used in the context of an effort to give equal access to the Zambezi by the River Chobe. Navigability therefore is an important factor for the interpretation of the meaning of the term.

8. The context in which the term "the main channel"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" is used in Article III (2) of the Treaty speaks rather in favour of the northern channel as the main channel. In that channel, conditions for navigation seemingly are better than in the southern channel to the degree that the northern channel is, in the dry periods, deeper and wider than the southern channel. That would speak in favour of interpreting the term main channel of "that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" as referring to the northern channel.

As a means of interpretation, the context in which the term "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" is used in Article III (2) of the 1890 Treaty, is therefore at cross purposes with interpretation of

traditionnellement offert aux puissances colonisatrices des voies de pénétration à l'intérieur du continent africain.» (Arrêt, par. 44.) Ce sont ces ambitions qui incitaient l'Allemagne à vouloir accéder au Zambèze. Et la voie d'accès de l'Allemagne au Zambèze devait être double: terrestre et fluviale.

En ce qui concerne la voie d'accès terrestre, le deuxième alinéa du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890 précise qu'elle emprunte «une bande de territoire qui en aucun point ne doit avoir une largeur inférieure à 20 miles anglais». La voie d'accès fluviale emprunterait le fleuve Chobe et la délimitation entre les sphères d'influence britannique et allemande suivrait «le centre du chenal principal de ce fleuve» *(«Thalweg des Hauptlaufes dieses Flusses»)* «jusqu'à son confluent avec le Zambèze où elle s'arrête» (par. 2 de l'art. III du traité de 1890), de sorte que les deux parties accédaient dans des conditions d'égalité au Chobe et à ses utilisations. Initialement, il n'était fait mention que de la voie d'accès fluviale au Zambèze, par le Chobe. Le passage concernant l'accès terrestre ne figurait pas encore dans le texte paraphé par les négociateurs britannique et allemand le 17 juin 1890, soit treize jours avant la signature du traité. Jusque là, seul le Chobe était mentionné, dans les termes ci-après:

> «La frontière entre le territoire allemand et le territoire anglais du sud-ouest de l'Afrique suivra, à partir du point qui a été convenu dans des arrangements antérieurs, le 22e degré de latitude sud (en laissant le lac Ngami à l'Angleterre), à l'est jusqu'au 21e degré de longitude, allant de là au nord où ce degré touche le 18e degré de latitude sud. *De là, la ligne de démarcation se portera à l'est, longeant le centre du fleuve Tschobi jusqu'à son confluent avec le Zambèze.»* (Accord paraphé entre les représentants de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne le 17 juin 1890 (PRO, FO 881/6146, n° 48), mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 21, p. 114; les italiques sont de moi.)

L'historique de la négociation de l'expression «chenal principal de ce fleuve» *(«Hauptlauf dieses Flusses»)* utilisée au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890 confirme par conséquent que l'expression a été utilisée dans le cadre d'une action menée pour donner dans des conditions d'égalité accès au Zambèze par le fleuve Chobe. La navigabilité constitue donc un élément important aux fins de l'interprétation de l'expression.

8. Le cadre dans lequel l'expression «le chenal principal» *(«Hauptlauf dieses Flusses»)* est utilisée au paragraphe 2 de l'article III du traité plaiderait plutôt en faveur du chenal nord à titre de chenal principal. Dans ce chenal nord en effet, les conditions de navigation paraissent meilleures qu'elles ne sont dans le chenal sud en ce sens que le chenal nord est, pendant les saisons sèches, plus profond et plus large que le chenal sud. Cela engagerait à interpréter l'expression chenal principal de «ce fleuve» *(«Hauptlauf dieses Flusses»)* comme visant le chenal nord.

En tant que mode d'interprétation, le cadre dans lequel l'expression «chenal principal de ce fleuve» *(«Hauptlauf dieses Flusses»)* est utilisée au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890 contredit par conséquent

the term in accordance with object and purpose of the Treaty which indicates the southern channel as the main channel. This contradiction does not however have to be addressed because the expectations of the parties regarding the navigability of the Chobe were mistaken.

The Error of the Parties to the 1890 Treaty in the Appreciation of the Possible Uses of the Chobe River

9. In placing hopes in the expected navigational use of the Chobe River, the parties were in error; the context in which they perceived the "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" was unreal. We know now, more than hundred years after the conclusion of the Treaty, that the river has not been used, and is not usable, for larger-scale navigation. This is mainly due to the fact that if there was a fully navigable part of the Chobe, it would run from nowhere to nowhere, i.e., from some point upstream from Kasikili/Sedudu Island to the point where — downstream from the Island — the Mambova Rapids block navigation. But also the particular hydrological conditions prevailing in the Chobe in the area around Kasikili/Sedudu Island would not permit full navigational use of the river there. This is supported by the fact that while an attempt at lumber floating was undertaken by Mr. Ker in 1947-1948, the Court has not been informed that this attempt was repeated after Mr. Ker's first experience. The *Zambezi Queen* is not operated on a regular schedule but is moored in the northern channel as a floating hotel. The only navigational activity which has ever, in a sustained way, been carried out on the River Chobe, is the operation of the tourist flatboats that has taken place, for some time now, mainly in the southern channel, as the Island is becoming known as a major wildlife feeding ground readily accessible to safe viewing by tourists who mainly come from Botswana. The parties to the Treaty were thus in error when they drafted the Treaty in the expectation of larger-scale navigational usability of the Chobe, in particular in giving access to the Zambezi.

The error with which the Court is confronted here is not an error "in a treaty" as dealt with by Article 48 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which one State party to the treaty wishes to invoke "as invalidating its consent to be bound by the treaty". It is rather an error in motivation which led to the use of the term "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" in Article III (2) of the 1890 Treaty, an error made by both parties to the Treaty. The question that arises does not concern the validity of the consent to be bound by the Treaty; the error rather raises the question whether a mistaken expectation of the parties when they drew up the Treaty can still serve, more than 100 years after the conclusion of the Treaty and a long time after the error has become clear, in the interpretation of the Treaty.

l'interprétation de l'expression conformément à l'objet et au but du traité, laquelle indique que c'est le chenal sud qui est le chenal principal. Toutefois, cette contradiction n'a pas à être analysée plus avant parce que les parties se trompaient au sujet de la navigabilité du Chobe.

L'erreur commise par les parties au traité de 1890 quand elles ont apprécié les utilisations possibles du fleuve Chobe

9. En mettant leurs espoirs dans l'exploitation du Chobe à des fins de navigation, les parties se trompaient; le cadre dans lequel elles ont apprécié le «chenal principal de ce fleuve» (*«Hauptlauf dieses Flusses»*) ne correspondait pas à la réalité. Nous savons maintenant, plus de cent ans après la conclusion du traité, que le fleuve n'a pas été utilisé et n'est pas utilisable pour la navigation à grande échelle. Cela s'explique principalement par le fait que si le Chobe était parfaitement navigable en partie, ce serait entre un point non repérable et un autre point non repérable, c'est-à-dire entre un point situé en amont de l'île de Kasikili/Sedudu jusqu'au point où, en aval de l'île, les rapides de Mambova bloquent la navigation. Mais il faut compter aussi avec le fait que la situation hydrologique particulière qui règne dans le Chobe à la hauteur de l'île de Kasikili/Sedudu ne permettrait pas à cet endroit du fleuve de l'utiliser pleinement pour la navigation. Cela est confirmé par le fait que si M. Ker a tenté en 1947-1948 une opération de flottaison de bois d'œuvre, la Cour n'a pas été informée que la tentative ait été renouvelée après cette première expérience. Quant au *Zambezi Queen*, il ne voyage pas régulièrement, il est à l'ancre dans le chenal nord et est exploité comme un hôtel flottant. Le seul type de navigation qui ait jamais eu un caractère régulier sur le Chobe correspond à l'activité des bateaux à fond plat utilisés par les touristes et exploités depuis un certain temps, à présent surtout dans le chenal sud, car l'île est de plus en plus connue comme une grande réserve animalière facilement accessible à des touristes désireux de voir les animaux qui viennent principalement du Botswana. Les parties au traité de 1890 se trompaient par conséquent quand elles ont rédigé ce traité en espérant pouvoir utiliser le Chobe pour la navigation à grande échelle, qui donnerait en particulier accès au *Zambèze*.

L'erreur face à laquelle la Cour se trouve ici n'est pas l'erreur «dans un traité» dont traite l'article 48 de la convention de Vienne sur le droit des traités, que l'un des Etats parties au traité veut invoquer «comme viciant son consentement à être lié par le traité». Il s'agit plutôt d'une erreur commise dans les motifs incitant à utiliser l'expression «chenal principal de ce fleuve» (*«Hauptlauf dieses Flusses»*) au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890, erreur commise par les deux parties au traité. La question qui se pose alors ne concerne pas la validité du consentement à être lié par le traité; l'erreur pose plutôt la question de savoir si un espoir erroné de la part des parties au moment où elles ont rédigé le traité peut encore être utile pour l'interprétation dudit traité plus d'un siècle après sa conclusion et longtemps après que l'erreur soit apparue clairement.

In the circumstances of the present case, the interpretation of the term "main channel"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" based on the mistaken expectation of large-scale navigational usability of the Chobe cannot be held against Namibia because that would mean that Namibia alone would be burdened with the consequences of the error. The flatboat navigation connected to the tourist activities that have evolved on and around Kasikili/Sedudu Island is concentrated in the southern channel. Interpretation of the term "the main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" in favour of the northern channel would deprive Namibia from having an equitable share in the only navigational use of the Chobe there is to share. That would run directly counter to the intention of the parties to split the river evenly. Therefore the interpretation of the term "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" in favour of the northern channel would not be compatible with the principle of good faith which, according to Article 31, paragraph 1, of the Vienna Convention, governs all treaty interpretation. Interpretation of the term "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" in favour of the southern channel, however, would correspond to what the parties wanted to achieve regarding the River Chobe. It would be a good faith interpretation of the term because it would split evenly between the Parties the only channel that is of some navigational interest.

Since the Court has found — correctly — that Namibia does not have a prescriptive title to Kasikili/Sedudu Island, the finding that the main channel is the northern channel automatically clarifies that Kasikili/Sedudu Island is not part of Namibia, but part of Botswana. To arrive at such an important conclusion from the interpretation of a term of the 1890 Treaty based on a mistaken expectation of the navigational usefulness of the Chobe River is equally not compatible with the requirement of good faith in the interpretation of treaties.

In sum, the context in which the term "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" is used in Article III (2) of the 1890 Treaty does not justify the interpretation of the term in favour of the northern channel.

II. THE THIRD PARAGRAPH OF THE *DISPOSITIF* OF THE JUDGMENT

10. The fact that the Court finds in the third paragraph of the *dispositif* of its Judgment that

> "in the two channels around Kasikili/Sedudu Island, the nationals of, and vessels flying the flags of, the Republic of Botswana and the Republic of Namibia shall enjoy equal national treatment"

does not fully overcome the shortcomings of interpreting the term "main channel of that river"/"*Hauptlauf dieses Flusses*" in favour of the northern channel. As far as the territorial status of the Island itself is

Dans les circonstances de la présente espèce, on ne peut pas interpréter à l'encontre de la Namibie l'expression «chenal principal» (*«Hauptlauf dieses Flusses»*) en se fondant sur l'espoir erroné que le Chobe était utilisable pour la navigation à grande échelle parce que cela signifierait que la Namibie supporterait seule les conséquences de l'erreur. La navigation de bateaux à fond plat liée aux activités touristiques qui se sont organisées sur l'île de Kasikili/Sedudu et autour de l'île a lieu pour l'essentiel dans le chenal sud. Interpréter l'expression «le chenal principal de ce fleuve» (*«Hauptlauf dieses Flusses»*) en faveur du chenal nord priverait la Namibie d'une participation équitable au seul type d'utilisation du Chobe à des fins de navigation qu'il soit possible de partager. Cela serait tout à fait contraire à l'intention des parties qui était de se partager également le fleuve. Interpréter en faveur du chenal nord l'expression «chenal principal de ce fleuve» (*«Hauptlauf dieses Flusses»*) ne serait donc pas compatible avec le principe de la bonne foi, lequel, conformément au paragraphe 1 de l'article 31 de la convention de Vienne, régit toute interprétation des traités. En revanche, interpréter l'expression en faveur du chenal sud correspondrait à ce que voulaient les parties au sujet du fleuve Chobe. Ce serait une interprétation de bonne foi de l'expression parce que cette interprétation partagerait également entre les parties le seul chenal qui présente un intérêt quelconque du point de vue de la navigation.

Comme la Cour a constaté, et elle a raison, que la Namibie n'a pas acquis de titre par prescription sur l'île de Kasikili/Sedudu, décider que le chenal principal est le chenal nord revient automatiquement à dire que l'île de Kasikili/Sedudu ne fait pas partie de la Namibie mais fait partie du Botswana. Parvenir à pareille conclusion importante à partir d'une interprétation d'une expression figurant dans le traité de 1890 fondée sur une attente erronée concernant les possibilités d'utiliser le fleuve Chobe à des fins de navigation n'est pas non plus compatible avec l'obligation d'interpréter les traités de bonne foi.

En bref, le cadre dans lequel l'expression «chenal principal de ce fleuve» (*«Hauptlauf dieses Flusses»*) est utilisée au paragraphe 2 de l'article III du traité de 1890 ne justifie pas d'interpréter l'expression en faveur du chenal nord.

II. LE TROISIÈME PARAGRAPHE DU DISPOSITIF DE L'ARRÊT

10. Le fait qu'au troisième paragraphe du dispositif de son arrêt, la Cour dit que

> «dans les deux chenaux autour de l'île de Kasikili/Sedudu, les ressortissants et les bateaux battant pavillon de la République du Botswana et de la République de Namibie doivent bénéficier, sur un pied d'égalité, du régime du traitement national»

ne compense pas pleinement les insuffisances liées à une interprétation de l'expression «chenal principal de ce fleuve» (*«Hauptlauf dieses Flusses»*) qui est favorable au chenal nord. Du point de vue du statut terri-

concerned, the third paragraph of the *dispositif* of the Judgment does not affect the finding in the second paragraph of the *dispositif* that the Island forms part of Botswana. As to the waters around the Island, conceding equal national treatment to the nationals of the other Party and to boats flying the flag of that Party, is not the same as the splitting of the "main channel"/"*Hauptlauf*" of the Chobe around the Island, as originally envisaged by the Parties.

However, the fact that I do not regard the third finding in the *dispositif* of the Judgment as compensating for the erroneous decision in favour of the northern channel, has not prevented me from voting in favour of that finding. I agree with the reasons for the finding which are given in paragraphs 100 and 103 of the Judgment and the attribution, in the channels around Kasikili/Sedudu Island, of equal, national treatment to the nationals of both Parties and the boats flying their flags may be of some help to the Parties and contribute to avoiding or lessening tensions.

I have also come to the conclusion that the Court had jurisdiction to make the finding, as the Court is mandated by Article I of the Special Agreement by virtue of which it was seised with this dispute, "to determine . . . the legal status of the island"; that mandate comprises the determination of the legal status of the waters around Kasikili/Sedudu Island.

III. Final Remark: The Role of Prescription in This Case

11. As a final remark, I would like to add with regard to the role of prescription in this case, that I agree with the conclusion of the Judgment that acquisitive prescription does not play a role. I also agree with the reasons given for that conclusion. However, there is an additional and quite decisive reason why acquisitive prescription could not come into play in this case.

As the Court states, Botswana and Namibia

> "agree between themselves that acquisitive prescription is recognized in international law and they further agree on the conditions under which title to territory may be acquired by prescription, but their views differ on whether those conditions are satisfied in this case" (Judgment, para. 96).
>
> "For present purposes, the Court need not concern itself with the status of acquisitive prescription in international law or with the conditions for acquiring title to territory by prescription. It considers . . . that the conditions cited by Namibia itself are not satisfied in this case and that Namibia's argument on acquisitive prescription therefore cannot be accepted." (Judgment, para. 97.)

torial de l'île elle-même, le troisième paragraphe du dispositif de l'arrêt ne modifie pas la conclusion énoncée au deuxième paragraphe du dispositif selon laquelle l'île fait partie du territoire du Botswana. En ce qui concerne les eaux entourant l'île, concéder le bénéfice du régime du traitement national, sur un pied d'égalité, aux ressortissants de l'autre Partie et aux bateaux battant pavillon de l'autre Partie ne revient pas exactement à partager le «chenal principal» *(«Hauptlauf»)* du Chobe autour de l'île, comme les Parties l'ont envisagé initialement.

Mais le fait que je ne considère pas que cette troisième conclusion du dispositif de l'arrêt compense la décision erronée prise en faveur du chenal nord ne m'a pas empêché de voter pour ce troisième paragraphe. Je souscris aux motifs de cette conclusion qui sont exposés aux paragraphes 100 et 103 de l'arrêt et le fait d'accorder, dans les chenaux entourant l'île de Kasikili/Sedudu, sur un pied d'égalité, le régime du traitement national aux ressortissants des deux Parties et aux bateaux battant leur pavillon sera peut-être assez utile aux Parties et aidera peut-être à éviter les tensions ou à les atténuer.

J'ai également abouti à la conclusion que la Cour a compétence pour se prononcer à ce sujet, puisqu'elle est mandatée par l'article I du compromis en vertu duquel elle a été saisie du différend pour «déterminer ... le statut juridique de cette île»; et ce mandat consiste aussi à déterminer le statut juridique des eaux entourant l'île de Kasikili/Sedudu.

III. UNE DERNIÈRE OBSERVATION SUR LE RÔLE DE LA PRESCRIPTION EN L'ESPÈCE

11. Je voudrais ajouter une dernière observation qui a trait au rôle de la prescription en la présente espèce. Je souscris à la conclusion formulée dans l'arrêt qui est que la prescription acquisitive ne joue ici aucun rôle. Je souscris également aux raisons motivant cette conclusion. Toutefois, il existe à cet égard une raison supplémentaire et parfaitement déterminante qui exclut de pouvoir faire appel en la présente espèce à la prescription acquisitive.

Comme la Cour le déclare, le Botswana et la Namibie

> «conviennent entre [eux] que la prescription acquisitive est reconnue en droit international, et ... conviennent de surcroît des conditions auxquelles un titre territorial peut être acquis par prescription mais [ils] s'opposent sur le point de savoir si ces conditions sont réunies dans le cas d'espèce» (arrêt, par. 96).
>
> «Aux fins de la présente espèce, la Cour n'a pas à s'attarder sur le statut de la prescription acquisitive en droit international ou sur les conditions d'acquisition d'un titre territorial par prescription. En effet, elle considère ... que les conditions énoncées par la Namibie elle-même ne sont pas remplies et que l'argumentation namibienne relative à la prescription acquisitive ne peut en conséquence être retenue.» (Arrêt, par. 97.)

These conclusions are not objectionable in themselves. The Court should however have gone into the conditions under which title to territory may be acquired by prescription, far enough to state that South Africa could not have acquired title to the Island by prescription. South Africa, whose presence in the Caprivi Strip including the Island lasted longer than the presence there of Germany or Britain, prior to the termination of the Mandate by the General Assembly in 1966 exercised authority there not *à titre de souverain* but *à titre de mandataire*. As mandatory, South Africa certainly was vested by virtue of the Mandate instrument of 17 December 1920 (League of Nations, *Journal Officiel*, 2nd Year, No. 1, p. 89) with the "full power of administration and legislation over the territory subject to the present Mandate as an integral portion of the Union of South Africa"; however, as the Court observes in its Advisory Opinion on the *International Status of South West Africa* (*I.C.J. Reports 1950*, p. 128, at p. 132):

> "On the other hand, the Mandatory was to observe a number of obligations, and the Council of the League was to supervise the administration and see to it that these obligations were fulfilled."

And the Court added:

> "The terms of this Mandate, as well as the provisions of Article 22 of the Covenant and the principles embodied therein, show that the creation of this new international institution did not involve any cession of territory or transfer of sovereignty to the Union of South Africa. The Union Government was to exercise an international function of administration on behalf of the League, with the object of promoting the well-being and development of the inhabitants." (*Ibid.*)

This perception of the nature of the Mandate is incompatible with acquisitive prescription working in favour of the Mandatory. After the termination of the Mandate, the continued presence of South Africa in South West Africa (Namibia) was no longer "peaceful", i.e., uncontested, as is confirmed by Security Council resolution 276 (1970) and by the Court's Advisory Opinion on the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)* (*I.C.J. Reports 1971*, p. 16).

I agree that the present case is not a suitable occasion for the Court to concern itself with the status of acquisitive prescription in international law or with the general conditions under which title to territory may be acquired by prescription. Nevertheless, in order to further clarify the law

Ces conclusions ne prêtent par elles-mêmes à aucune objection. Mais la Cour aurait dû envisager les conditions auxquelles il est possible d'acquérir un titre territorial par prescription et pousser assez loin son analyse pour dire que l'Afrique du Sud n'aurait pas pu acquérir de titre sur l'île par prescription. L'Afrique du Sud, dont la présence dans la bande de Caprivi y compris l'île a duré plus longtemps que la présence de l'Allemagne ou de la Grande-Bretagne avant que l'Assemblée générale ne mette fin au mandat en 1966, a exercé son autorité sur ces territoires non pas à titre de souverain mais à titre de mandataire. Or, en qualité de mandataire, l'Afrique du Sud était incontestablement investie, en vertu de l'instrument de mandat adopté le 17 décembre 1920 (*Journal officiel* de la Société des Nations, 2ᵉ année, nº 1, p. 89) de «pleins pouvoirs d'administration et de législation sur le territoire faisant l'objet du mandat, [lequel] sera administré selon la législation du mandataire comme partie intégrante de son territoire»; toutefois, comme la Cour le fait observer dans l'avis consultatif qu'elle a rendu sur le *Statut international du Sud-Ouest africain* (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 128 à la p. 132):

> «D'autre part, le mandataire était tenu de respecter un certain nombre d'obligations, et le Conseil de la Société des Nations devait surveiller l'administration et veiller à ce que ces obligations fussent respectées.»

Et la Cour ajoutait:

> «Il ressort des termes de ce mandat, ainsi que des dispositions de l'article 22 du Pacte et des principes qui y sont énoncés, que la création de cette nouvelle institution internationale n'impliquait ni cession de territoire ni transfert de souveraineté à l'Union sud-africaine. Le gouvernement de l'Union devait exercer une fonction d'administration internationale au nom de la Société des Nations, aux fins de favoriser le bien-être et le développement des habitants.» (*Ibid.*)

Pareille conception de la nature du mandat est incompatible avec l'idée d'accorder au mandataire le bénéfice de la prescription acquisitive. Une fois que le mandat avait pris fin, la présence continue de l'Afrique du Sud au Sud-Ouest africain (Namibie) n'était plus «pacifique», c'est-à-dire non contestée, comme le confirment la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité ainsi que l'avis consultatif que la Cour a rendu sur les *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 16).

J'admets que la présente instance ne représente pas vraiment pour la Cour l'occasion de se pencher sur le rôle de la prescription acquisitive en droit international ou sur les règles générales d'acquisition d'un titre territorial par prescription. Néanmoins, il eut été utile, afin de préciser

governing mandates or trusteeships, a statement of the Court that acquisitive prescription does not work in favour of a Mandatory would have been desirable.

(*Signed*) Carl-August FLEISCHHAUER.

davantage le droit régissant le régime des mandats ou le régime de tutelle, que la Cour dise que la prescription acquisitive ne joue pas en faveur d'un mandataire.

(*Signé*) Carl-August FLEISCHHAUER.

DISSENTING OPINION OF JUDGE PARRA-ARANGUREN

The Anglo-German Agreement of 1890 — The Parties' differing interpretations of the 1890 Treaty — Subsequent practice as a rule of treaty interpretation — Subsequent practice of the Parties in the application of the 1890 Agreement — The Mandate for South West Africa (Namibia) — Relevant evidence submitted to the Court — Captain H. V. Eason's Report (1912) — Joint Report of 1948 (Trollope-Redman) and Exchange of Letters between 1948 and 1951 — Mr. R. R. Renew's Report (1965) — Witnesses called by Namibia — Evidence presented by Botswana — Maps — Aerial photographs and satellite images — Peaceful and public use of Kasikili/Sedudu Island by Masubia Tribesmen from Eastern Caprivi — Conclusion.

I. THE ANGLO-GERMAN AGREEMENT OF 1890

1. In 1884 Germany proclaimed a Protectorate over the coast south of the Cape Colony's enclave at Walvis Bay and some years later, before 1890, expanded its territorial claims in South West Africa, without systematically establishing an effective administration on the ground. The United Kingdom decided to accept Germany's territorial claims in South West Africa, even though it regarded this territory as lying within Britain's natural sphere of influence.

2. The only area in dispute was Ngamiland, north of British Bechuanaland, a territory assigned to neither power and extending from the 20th to the 24th degree of longitude. Discussions began in 1886 but it was only in 1890 after the resignation of the German Chancellor Otto von Bismarck that the new Chancellor, General Georg Leo Von Caprivi and his Foreign Minister, Baron Marschall, accelerated diplomatic discussions with Britain over Africa.

3. The *Anglo-German Agreement relating to Africa and Heligoland* was signed in Berlin, in English and in German, on 1 June 1890 by Sir Edward Baldwin Malet, Her Britannic Majesty's Ambassador Extraordinary and Plenipotentiary; Sir Henry Percy Anderson, Chief of the African Department of Her Majesty's Foreign Office; the Chancellor of the German Empire, General Leo Von Caprivi, and the Privy Councillor in the German Foreign Office, Dr. Friedrich Richard Krauel. The signature of the Treaty coincided with the declaration of British jurisdiction over Northern Botswana by Order-in-Council of 30 June 1890.

OPINION DISSIDENTE DE M. PARRA-ARANGUREN

[Traduction]

L'accord anglo-allemand de 1890 — Interprétations divergentes du traité de 1890 chez les Parties — La conduite suivie ultérieurement en tant que règle d'interprétation des traités — La pratique suivie ultérieurement par les Parties dans l'application de l'accord de 1890 — Le mandat exercé sur le Sud-Ouest africain (Namibie) — Les éléments de preuve pertinents présentés à la Cour — Le rapport du capitaine H. V. Eason (1912) — Le rapport conjoint de 1948 (Trollope-Redman) et l'échange de correspondance entre 1948 et 1951 — Le rapport de M. R. R. Renew (1965) — Les témoins appelés par la Namibie — Les moyens présentés par le Botswana — Les cartes — Les photographies aériennes et les images par satellite — L'utilisation paisible et notoire de l'île de Kasikili/Sedudu par les membres de la tribu des Masubia originaires de la partie orientale du Caprivi — Conclusion.

I. L'ACCORD ANGLO-ALLEMAND DE 1890

1. En 1884, l'Allemagne a proclamé l'établissement d'un protectorat sur la côte, au sud de l'enclave de Walvis Bay de la colonie du Cap et, quelques années plus tard, avant 1890, a étendu ses prétentions territoriales sur le sud-ouest de l'Afrique, sans toutefois établir systématiquement d'administration effective sur le terrain. Le Royaume-Uni a décidé d'accepter ces prétentions territoriales de l'Allemagne sur le sud-ouest de l'Afrique, alors que, pourtant, ce territoire relevait pour elle de la sphère d'influence naturelle de la Grande-Bretagne.

2. La seule zone en litige était le Ngamiland, au nord du Bechuanaland britannique, territoire qui n'avait été affecté à aucune des deux puissances, lequel s'étendait du 20e au 24e degré de longitude. Les discussions ont été entamées en 1886 mais ce n'est qu'en 1890, après la démission du chancelier allemand Otto von Bismarck, que le nouveau chancelier, le général Georg Leo Von Caprivi et son ministre des affaires étrangères, le baron Marschall, ont accéléré les discussions diplomatiques avec la Grande-Bretagne au sujet de l'Afrique.

3. Le *traité anglo-allemand relatif à l'Afrique et à l'Heligoland* a été signé à Berlin, en langues anglaise et allemande, le 1er juin 1890, par sir Edward Baldwin Malet, ambassadeur extraordinaire et plénipotentiaire de Sa Majesté britannique; sir Henry Percy Anderson, chef du département africain du Foreign Office de Sa Majesté; le chancelier de l'empire allemand, le général Leo Von Caprivi et le conseiller privé du ministère allemand des affaires étrangères, le Dr. Friedrich Richard Krauel. La signature du traité a coïncidé avec la déclaration en ordre du Conseil du 30 juin 1890 par laquelle la Grande-Bretagne étendait sa juridiction au Botswana septentrional.

4. Excluding the question of the Island of Heligoland, the British interest in this part of Africa was in controlling the area between Lake Ngami, some 350 kilometres to the south and west of Kasikili Island and the Victoria Falls, in order to protect the main trade routes from South Africa to the centre of the continent from encroachments by the Germans and Portuguese; while the Germans wanted to obtain the recognition of a German sphere of influence extending eastward, providing them access to the Zambezi. However, as Lord Salisbury informed Sir Edwin B. Malet, British Ambassador in Berlin, in his letter of 14 June 1890,

> "The character of this country is very imperfectly known, and the very position of Lake Ngami has been the subject of considerable uncertainty." (Memorial of Botswana, Annexes, Vol. II, Ann. 7, p. 37.)

5. Lord Salisbury, in his speech to the House of Lords on 10 July 1890, referred to German aspirations in Africa, making clear that for Germany the conclusion of the agreement was subject to the condition that

> "at the very north of this Damaraland territory they should have a strip of territory going along the Portuguese border, and giving them direct access to the River Zambesi . . . it is the last route in the world by which trade can pass. It is at the head of the waters of all the affluents of the Chobe and the Zambesi, over an impracticable country, and leading only into the Portuguese possessions."

6. On the same occasion Lord Salisbury also informed the House of Lords of the British interest in controlling Lake Ngami, even though he made the following comments:

> "I think that the constant study of maps is apt to disturb men's reasoning powers . . . We have had a fierce conflict over the possession of a lake whose name I am afraid I cannot pronounce correctly — I think it is Lake Ngami — our only difficulty being that we do not know where it is. We cannot determine its position within 100 miles, certainly not within 60 miles, and there are great doubts whether it is a lake at all, or only a bed of rushes." (Memorial of Namibia, Annexes, Vol. IV, Ann. 31, p. 137.)

7. The above-mentioned aims pursued by Germany and Great Britain explain the terms in which Article III of the 1890 Anglo-German Agreement is drawn:

> "In South-West Africa the sphere in which the exercise of influence is reserved to Germany is bounded:
>
> . . . .

4. Mis à part la question de l'île d'Heligoland, les Britanniques s'intéressaient à cette région d'Afrique pour établir leur contrôle sur la région située entre le lac Ngami, à quelque 350 kilomètres au sud et à l'ouest de l'île de Kasikili, et les chutes Victoria, afin de pouvoir protéger les principales voies commerciales allant d'Afrique du Sud au centre du continent contre tout empiètement de la part des Allemands et des Portugais, tandis que les Allemands, de leur côté, voulaient obtenir la reconnaissance d'une sphère d'influence allemande s'étendant vers l'est, qui leur donnerait accès au Zambèze. Toutefois, comme lord Salisbury l'a dit à sir Edwin B. Malet, ambassadeur de Grande-Bretagne à Berlin, dans sa lettre du 14 juin 1890,

> «Les caractéristiques de ce pays sont très mal connues et la situation exacte du lac Ngami est très incertaine.» (Mémoire du Botswana, annexes, vol. II, annexe 7, p. 37.)

5. Dans le discours qu'il prononce à la chambre des lords le 10 juillet 1890, lord Salisbury parle des aspirations de l'Allemagne en Afrique, précisant que pour l'Allemagne, la conclusion de l'accord est subordonnée à une condition:

> «tout au nord de ce territoire du Damaraland, les Allemands devraient avoir le long de la frontière portugaise une bande de territoire qui leur donne un accès direct au Zambèze... C'est la dernière route au monde que le commerce peut emprunter. C'est là que tous les affluents du Chobe et du Zambèze ont leur source; elle traverse un pays très peu praticable et ne conduit qu'aux possessions portugaises.»

6. Dans le même discours, lord Salisbury dit également à la Chambre des lords que les Britanniques cherchent à établir leur contrôle sur le lac Ngami, mais il formule pourtant les observations suivantes:

> «Je pense que les capacités de raisonnement s'émoussent à l'examen constant des cartes... Nous nous sommes furieusement battus pour un lac dont je crains de ne pas pouvoir prononcer correctement le nom — je pense qu'il s'agit du lac Ngami — la seule difficulté étant que nous ne savons pas où il est. Nous ne pouvons pas déterminer sa position à 100 miles près, certainement pas à 60 miles près, et de grands doutes pèsent sur sa nature même: est-ce un lac ou simplement un lit de joncs?» (Mémoire de la Namibie, annexes, vol. IV, annexe 31, p. 137.

7. Les objectifs précités de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne expliquent le libellé de l'article III du traité anglo-allemand de 1890:

> «Dans le Sud-Ouest africain, la sphère d'influence réservée à l'Allemagne est délimitée comme suit:

. . . .

> 2. To the east by a line commencing at the above-named point [the point of intersection by the 20th degree of east longitude of a line commencing at the mouth of the Orange River, and ascending its north bank], and following the 20th degree of east longitude to the point of its intersection by the 22nd parallel of south latitude, it runs eastward along that parallel to the point of its intersection by the 21st degree of east longitude, thence it follows that degree northward to the point of its intersection by the 18th parallel of south latitude, it runs eastward along that parallel till it reaches the River Chobe; and descends the centre of the main channel of that river to its junction with the Zambesi, where it terminates.
>
> It is understood that under this arrangement Germany shall have free access from her Protectorate to the Zambesi by a strip of territory which shall at no point be less than 20 English miles in width.
>
> The sphere in which the exercise of influence is reserved to Great Britain is bounded to the west and north-west by the above-mentioned line. It includes Lake Ngami.
>
> The course of the above boundary is traced in general accordance with a Map officially prepared for the British Government in 1889."

Furthermore, Article VI provides:

> "All the lines of demarcation traced in Articles I to IV shall be subject to rectification by agreement between the two Powers, in accordance with local requirements."

Article VII adds:

> "The two Powers engage that neither will interfere with any sphere of influence assigned to the other by Articles I to IV. One Power will not in the sphere of the other make acquisitions, conclude Treaties, accept sovereign rights or Protectorates, nor hinder the extension of influence of the other.
>
> It is understood that no Companies nor individuals subject to one Power can exercise sovereign rights in a sphere assigned to the other, except with the assent of the latter." (Memorial of Botswana, Annexes, Vol. II, Ann. 12, pp. 206-207, 209-210.)

II. THE PARTIES' DIFFERING INTERPRETATIONS OF THE 1890 TREATY

8. Namibia interprets the 1890 Anglo-German Agreement as follows:

"— The object and purpose of the Treaty was to divide the spheres of influence of Germany and Great Britain in Africa and to this

> 2. A l'est, par une ligne qui part du point d'intersection susmentionné [entre le 20^{e} degré de longitude est et une ligne qui part de l'embouchure du fleuve Orange et suit vers l'amont la rive nord de ce fleuve] et suit le 20^{e} degré de longitude est jusqu'à son intersection avec le 22^{e} parallèle de latitude sud, suit ce parallèle vers l'est jusqu'à son intersection avec le 21^{e} degré de longitude est; puis suit ce méridien vers le nord jusqu'à son intersection avec le 18^{e} parallèle de latitude sud; suit ce parallèle vers l'est jusqu'au Chobe, et suit le centre du chenal principal de ce fleuve jusqu'à son confluent avec le Zambèze, où elle s'arrête.
>
> Il est entendu qu'en vertu de cet arrangement, l'Allemagne a libre accès au Zambèze depuis son protectorat par une bande de territoire qui en aucun point ne doit avoir une largeur inférieure à 20 miles anglais.
>
> La sphère d'influence réservée à la Grande-Bretagne est bornée à l'ouest et au nord-ouest par la ligne susmentionnée. Elle comprend le lac Ngami.
>
> Le cours de la frontière décrite ci-dessus est tracé d'une façon générale d'après une carte établie officiellement pour le Gouvernement britannique en 1889. »

En outre, l'article VI du traité dispose:

> « Toutes les lignes de démarcation fixées aux articles I à IV pourront être rectifiées par voie d'accord entre les deux puissances en fonction des nécessités locales. »

L'article VII ajoute:

> « Chacune des deux puissances s'engage à ne pas empiéter sur la sphère d'influence attribuée à l'autre par les articles I à IV du présent traité. Aucune des deux puissances ne procédera à des acquisitions, ne conclura de traités, n'acceptera de droits souverains ni de protectorats ni ne gênera l'extension de l'influence de l'autre dans la sphère de celle-ci.
>
> Il est entendu qu'aucune personne physique ou morale de l'une ou de l'autre puissance ne peut exercer de droits souverains dans une sphère attribuée à l'autre sans le consentement de cette dernière. » (Mémoire du Botswana, annexes, vol. II, annexe 12, p. 206-207, 209-210.)

II. Les interprétations divergentes que les parties donnent du traité de 1890

8. La Namibie interprète l'accord anglo-allemand de 1890 comme suit:

« — Le traité avait pour objet et but de répartir les sphères d'influence de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne en Afrique

> end to establish, where possible, firm, stable and visible boundaries between them. In the stretch of the Chobe River of concern in this case, the south bank of the River (including the right bank of the southern channel in the vicinity of Kasikili Island), is established by the Chobe Ridge, a stable and clearly visible escarpment some 50 metres high, so depicted on the map used by the negotiators, while the northern channel is in the midst of the floodplain of the Zambezi River and is inundated and invisible for nearly half of each year.
>
> — The ordinary meaning of the 'channel' of a river is a conduit through which the water of the river flows, and the ordinary meaning of the 'main channel' is the channel that carries the major part of the flow of the river.
>
> — The topographic, hydrological and geomorphologic characteristics of the Chobe River and the Zambezi floodplain establish that the southern channel carries not only the major portion, but substantially all of the flow of the River in the vicinity of Kasikili Island, while the northern channel has almost no longitudinal flow and is little more than a relict channel of the Zambezi floodplain".

Consequently, Namibia concludes:

> "All the elements of interpretation converge on a single result: the southern channel is the main channel of the Chobe River around Kasikili Island. The Treaty therefore attributes the Island to Namibia." (Memorial of Namibia, Vol. I, p. 58, paras. 162-163.)

9. Botswana does not accept the conclusion of Namibia. In its opinion,

> "the main channel of the Chobe in the vicinity of Kasikili/Sedudu Island is the northern and western channel, the principal criterion on which this assessment is based being that of navigability. In the absence of evidence to the contrary, the presumption must be that this was also the main channel at the time of the conclusion of the Anglo-German Agreement".

However, as alternative position Botswana accepts

> "that, in accordance with the object and purpose of the Agreement, the main channel is constituted by the navigable channel at any given time, and that at present the northern and western channel is the main channel on this basis" (Memorial of Botswana, Vol. I, p. 52, paras. 116-117).

10. Therefore, Botswana and Namibia are not in agreement as to the meaning of Article III, paragraph 2, of the 1890 Anglo-German Treaty. The Treaty itself does not include a definition of the expression "the *centre*

> et d'établir à cette fin, lorsque cela était possible, des frontières solides, stables et visibles entre ces deux Etats. Sur le tronçon du cours du Chobe en cause en l'espèce, la rive sud de la rivière (y compris la rive droite du chenal sud à proximité de l'île de Kasikili) est formée par l'arête du Chobe, qui est un escarpement d'une cinquantaine de mètres de haut, stable et bien visible, représenté sur la carte utilisée par les négociateurs, alors que le chenal nord se trouve au milieu de la plaine d'inondation du Zambèze et est submergé et invisible pendant près de six mois chaque année.
>
> Le sens ordinaire du mot «chenal» d'un cours d'eau est celui d'un conduit où s'écoulent les eaux de celui-ci et les mots «chenal principal» visent dans leur sens ordinaire le chenal qui transporte la fraction la plus importante des eaux du cours d'eau.
>
> Il ressort des caractéristiques topographiques, hydrologiques et géomorphologiques du Chobe et de la plaine d'inondation du Zambèze que le chenal sud déplace non pas simplement la plus grande partie, mais la quasi-totalité des eaux de la rivière à proximité de l'île de Kasikili, alors que l'écoulement longitudinal des eaux dans le chenal nord est quasi inexistant et que celui-ci n'est guère plus qu'un chenal résiduel de la plaine d'inondation du Zambèze.»

Par suite, la Namibie conclut:

> «Tous les éléments d'interprétation tendent donc vers une seule et unique conclusion: le chenal sud est le chenal principal du Chobe autour de l'île de Kasikili. Partant, le traite attribue l'île à la Namibie.» (Mémoire de la Namibie, vol. I, p. 58, par. 162-163.)

9. Le Botswana n'accepte pas la conclusion de la Namibie. A son avis,

> «le chenal principal du Chobe au voisinage de l'île de Kasikili/Sedudu est le chenal nord et ouest, la position du Gouvernement du Botswana se fondant essentiellement sur le critère de la navigabilité. En l'absence d'éléments de preuve contraires, il faut présumer que c'était aussi le chenal principal au moment de la conclusion de l'accord anglo-allemand.»

Toutefois, le Botswana adopte aussi une position subsidiaire qui est que

> «conformément à l'objet et au but de l'accord, le chenal principal est à tout moment donné constitué par la voie navigable et qu'en conséquence, actuellement, le chenal nord et ouest est le chenal principal» (mémoire du Botswana, vol. I, p. 52, par. 116-117).

10. Par conséquent, le Botswana et la Namibie ne donnent pas le même sens à l'article III, paragraphe 2 du traité anglo-allemand de 1890. Le traité lui-même ne donne pas de définition de l'expression «*centre du*

of the main channel (*der Thalweg des Hauptlaufes*) *of the Chobe River*", nor do any other of its provisions provide by implication guidelines that might be useful for this purpose. Consequently, according to customary international law as expressed in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969, the Court has to determine the meaning of such expression "in good faith", taking into account the rules of interpretation provided by the Convention (*Oil Platforms* (*Islamic Republic of Iran* v. *United States of America*), *Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1966* (*II*), p. 812, para. 23.)

III. Subsequent Practice as a Rule of Treaty Interpretation

11. As a general rule of interpretation, Article 31, paragraph 3 (*b*), of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties provides that account shall be taken, together with the context, of "any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation".

12. The International Law Commission has acknowledged that "[t]he probative value of subsequent practice is well recognized", because it shows how the intention of the parties has been put into effect. Moreover, the interpretation of treaties by reference to subsequent practice is well established in the jurisprudence of international tribunals and, more especially, of the World Court (*Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol. II, p. 59).

13. Thus the Permanent Court of International Justice, in its Opinion on the *Competence of the ILO in Regard to International Regulation of the Conditions of Labour of Persons Employed in Agriculture*, stated:

> "If there were any ambiguity, the Court might, for the purpose of arriving at the true meaning, consider the action which has been taken under the Treaty." (*1922, P.C.I.J., Series B, No. 2*, p. 39.)

14. Similarly, this Court, in the *Corfu Channel* case found that:

> "The subsequent attitude of the Parties shows that it was not their intention, by entering into the Special Agreement, to preclude the Court from fixing the amount of the compensation." (*I.C.J. Reports 1949*, p. 25.)

15. Later pronouncements of this Court have confirmed the importance of subsequent practice for the interpretation of a Treaty, as is indicated in paragraph 50 of the Judgment.

16. Subsequent practice can be relevant either as a means of establishing the parties' agreement to the Treaty's interpretation or in order to shed light on their original intentions. It is possible that the conduct of

chenal principal (der Thalweg des Hauptlaufes) du Chobe», et aucune autre de ses dispositions ne donne implicitement d'indication utile aux fins de cette définition. Par suite, conformément au droit international coutumier tel que l'exprime l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités adoptée le 23 mai 1969, la Cour doit déterminer «de bonne foi» le sens de ladite expression, compte tenu des règles d'interprétation définies par la convention (*Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1966 (II)*, p. 812, par. 23).

III. LA CONDUITE ULTÉRIEUREMENT SUIVIE EN TANT QUE RÈGLE D'INTERPRÉTATION DES TRAITÉS

11. En énonçant une règle générale d'interprétation, la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités dispose à l'article 31, paragraphe 3 *b)*, qu'il doit être tenu compte en même temps que du contexte «de toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité».

12. La Commission du droit international a admis que «[l]a force probante de la pratique ultérieure est généralement reconnue», parce que ladite pratique montre comment l'intention des parties a été mise en œuvre. En outre, la jurisprudence des tribunaux internationaux et tout particulièrement de la Cour mondiale interprète très volontiers les traités par référence à la pratique ultérieurement suivie (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1964, vol. II, p. 60).

13. C'est ainsi que la Cour permanente de justice internationale, dans l'avis qu'elle a rendu sur la *Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture*, dit ceci:

> «Si une équivoque avait existé, la Cour, en vue d'arriver à établir le sens véritable du texte, aurait pu examiner la manière dont le Traité a été appliqué.» (*Avis consultatif, 1922, C.P.J.I. série B n° 2*, p. 38.)

14. De même, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour actuelle a dit ceci:

> «Il ressort de l'attitude ultérieure des Parties que leur intention, lorsqu'elles ont conclu le compromis, n'était pas d'empêcher la Cour de fixer le montant de l'indemnité.» (*C.I.J. Recueil 1949*, p. 25.)

15. Comme elle l'indique au paragraphe 50 de l'arrêt, la Cour, dans les décisions qu'elle a adoptées par la suite, a confirmé quelle importance il convient d'accorder à la pratique ultérieure pour interpréter un traité.

16. La conduite ultérieurement suivie peut être utile soit pour établir que les parties s'entendent sur l'interprétation du traité, soit pour éclairer leur intention initiale. Il est possible que la conduite des parties déroge

the parties may have been at variance with the provisions of the Treaty, showing disregard for the natural and ordinary meaning of its terms. In such cases, "there may be a blurring of the line between the *interpretation* and the *amendment* of a treaty by subsequent practice", even though these two processes are legally quite distinct. In the opinion of the International Law Commission this was exactly what happened in the *Temple of Preah Vihear* case, where the line of action taken by the parties was not reconcilable with the natural and ordinary meaning of the terms of the Treaty. The Commission therefore concluded that the effect of subsequent practice on that occasion was to amend the Treaty (*Yearbook of the International Law Commission*, 1964, Vol. II, p. 60).

17. The practice of an individual State may have special cogency when it relates to the performance of an obligation which particularly concerns that State, as was stated by the Court in its Opinion on the *International Status of South West Africa* (*I.C.J. Reports 1950*, pp. 135-136). However, subsequent practice as a means of interpretation of bilateral treaties requires the agreement of both parties. Such agreement may be expressed through their joint or parallel positive activity, but it may also be ascertained from the activity of only one of the parties, where there is assent or lack of objection by the other party. As is remarked by the International Law Commission, it is sufficient that the other party accepts that practice (*United Nations Conference on the Law of Treaties – First and Second Sessions: Documents of the Conference (1968-1969)*, p. 42, para. 15).

18. The importance of the silence of one party in determining the subsequent practice of the parties to a bilateral treaty was admitted very recently in the *Beagle Channel* arbitration case, where it was stated:

> "the Court cannot accept the contention that no subsequent conduct, including acts of jurisdiction, can have probative value as a subsidiary method of interpretation unless representing a formally stated or acknowledged 'agreement' between the Parties. The terms of the Vienna Convention do not specify the ways in which 'agreement' may be manifested. In the context of the present case the acts of jurisdiction were not intended to establish a source of title independent to the terms of the Treaty; nor could they be considered as being in contradiction of those terms as understood by Chile. The evidence supports the view that they were public and well-known to Argentina, and that they could only derive from the Treaty. Under these circumstances the silence of Argentina permits the inference that the acts tended to confirm an interpretation of the meaning of the Treaty independent of the acts of jurisdiction themselves." (*International Law Reports*, Vol. 52, p. 224, para. 169.)

aux dispositions du traité, montrant qu'il n'est pas tenu compte du sens normal et ordinaire des termes utilisés. En pareil cas, «il peut se faire que la limite qui sépare l'*interprétation* du traité de sa *modification* par la pratique ultérieure tende à s'effacer», bien qu'il s'agisse de deux processus tout à fait distincts. De l'avis de la Commission du droit international, c'est exactement ce qui s'est produit dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, dans laquelle la pratique ultérieure des parties n'était pas compatible avec le sens naturel et ordinaire des termes du traité. La Commission a donc conclu que la pratique ultérieure en l'occurrence avait eu pour effet de modifier le traité (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1964, vol. II, p. 61).

17. La pratique d'un Etat déterminé peut avoir un poids particulier quand elle a trait à l'exécution d'une obligation qui concerne spécialement ledit Etat, comme la Cour le dit elle-même dans l'avis qu'elle a rendu sur le *Statut international du Sud-Ouest africain* (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 135-136). Toutefois, pour que la conduite ultérieure puisse servir à interpréter des traités bilatéraux, il faut que les deux parties souscrivent ensemble à ladite conduite. L'accord peut s'exprimer par une action positive conjointe ou parallèle, mais il peut aussi être constaté dans l'activité de l'une des parties seulement dès lors que l'autre partie donne son consentement ou n'émet pas d'objection. Comme la Commission du droit international le fait observer, il suffit que cette autre partie accepte la pratique en question (*Documents officiels de la conférence des Nations Unies sur le droit des traités — première et seconde sessions: documents de la conférence* (*1968-1969*), p. 42, par. 15).

18. L'importance que revêt le silence de l'une des parties quand il s'agit d'établir quelle conduite adoptent ultérieurement les parties à un traité bilatéral a été reconnue tout récemment lors de l'arbitrage rendu dans l'affaire du *Canal de Beagle*, quand il est dit ceci:

> «la Cour ne peut pas accepter la thèse suivant laquelle la conduite ultérieure, y compris des actes de juridiction, ne peut pas avoir de valeur probante en tant que mode d'interprétation subsidiaire sauf si elle fait l'objet d'un «accord» déclaré ou reconnu formellement entre les Parties. Les dispositions de la convention de Vienne ne précisent pas les modalités suivant lesquelles l'«accord» peut se manifester. Dans le cadre de la présente affaire, les actes de juridiction n'étaient pas censés créer une source de titre qui fût indépendante des dispositions du traité; ces actes ne pouvaient pas non plus être considérés comme contraires à ces dispositions tel que le Chili les comprenait. Les éléments de preuve confortent l'idée que ces actes étaient notoires et bien connus de l'Argentine et qu'ils ne pouvaient procéder que du traité. Dans ces conditions, le silence de l'Argentine autorise à déduire que les actes en question tendent à confirmer une interprétation du sens du traité qui est indépendante des actes de juridiction eux-mêmes.» (*International Law Reports*, vol. 52, p. 224, par. 169.) [*Traduction du Greffe.*]

IV. SUBSEQUENT PRACTICE OF THE PARTIES IN THE APPLICATION OF THE 1890 ANGLO-GERMAN AGREEMENT

19. Namibia maintains that the subsequent conduct of the parties to the 1890 Anglo-German Agreement demonstrates that Kasikili Island is part of Namibia. It bases its contention upon

> "The control and use of Kasikili Island by the Masubia of Caprivi, the exercise of jurisdiction over the Island by the Namibian governing authorities, and the silence by Botswana and its predecessors persisting for almost a century with full knowledge of the facts." (Memorial of Namibia, Vol. I, p. 60, para. 166.)

20. During the oral pleadings Namibia insisted on "continued presence of the Masubia on the ground under colonial rule plus the acceptance of the situation by Botswana's predecessors" (CR 99/10, p. 27, para. 21 (Chayes)). In its opinion, the Masubia people of the Eastern Caprivi occupied the Island from 1890 to at least until the mid-1960s. Then, from the time the German officials first arrived in 1909, they and their successors incorporated the local institutions of the Masubia into the structure of colonial governance, using them as instruments for implementing their suzerainty; and the activities carried on by them were under the rule of the indigenous Masubia authorities — the chief, his *kuta* and the *indunas*, or local representatives. All these facts were well known to the Bechuanaland authorities just across the river in Kasane, but they made no objection or protest, at least until 1948. From this interactive pattern, Namibia concludes, it can be seen that the parties were in agreement that the Treaty, properly interpreted, attributed Kasikili Island to Namibia (CR 99/11, p. 41, para. 6 (Chayes)).

21. In this respect Botswana observes that

> "The Namibian argument based upon subsequent conduct of the parties rests upon extraordinarily weak foundations, both in conceptual and in factual terms. The conceptual foundations are weak because in truth, the 'subsequent conduct' argument of Namibia is an argument grounded in acquisitive prescription. Thus, subsequent conduct, which relates to an existing legal instrument, is opposed to prescription, the purpose of which is to destroy and to supplant a pre-existing title." (Reply of Botswana, Vol. I, p. 55, para. 157.)

22. However, Namibia states very clearly in its Memorial that the subsequent conduct of the parties to the 1890 Anglo-German Agreement

> "is relevant to the present controversy in three distinct ways. In the first place, it corroborates the interpretation of the Treaty . . . Second, it gives rise to a second and entirely independent basis for Namibia's claim under the doctrines concerning acquisition of terri-

IV. LA PRATIQUE ULTÉRIEURE DES PARTIES DANS L'APPLICATION DE L'ACCORD ANGLO-ALLEMAND DE 1890

19. La Namibie soutient que la conduite ultérieurement suivie par les parties à l'accord anglo-allemand de 1890 démontre que l'île de Kasikili fait partie de la Namibie. Elle se fonde à cet égard sur

> «[le] contrôle et ... l'utilisation de l'île de Kasikili par les Masubia du Caprivi, l'exercice de la juridiction sur l'île par les autorités gouvernant la [Namibie] et le silence gardé par le Botswana et ses prédécesseurs pendant près d'un siècle en pleine connaissance de cause» (mémoire de la Namibie, vol. I, p. 60, par. 166).

20. Au cours de la procédure orale, la Namibie a insisté sur «la présence constante des Masubia sur le terrain pendant le régime colonial, à laquelle il faut ajouter l'acceptation de la situation par les prédécesseurs du Botswana» (CR 99/10, p. 27, par. 21 (Chayes)). Pour la Namibie, les Masubia du Caprivi oriental ont occupé l'île depuis 1890 jusqu'au milieu des années soixante au moins. Depuis l'époque où ils sont arrivés pour la première fois en 1909, les représentants officiels allemands et leurs successeurs ont intégré les institutions locales des Masubia dans la structure même du régime colonial, et s'en sont servi comme d'instruments de leur suzeraineté; et les activités qu'ils menaient étaient placées sous l'autorité des autochtones Masubia — c'est-à-dire leur chef, sa *kuta* et les *indunas*, ou représentants locaux. Tous ces faits étaient parfaitement connus des autorités du Bechuanaland installées juste de l'autre côté du fleuve à Kasane, mais elles n'ont formulé aucune objection ni protestation, tout au moins jusqu'en 1948. Cette interactivité permet à la Namibie de conclure que les parties s'accordaient à considérer que le traité, quand on l'interprétait correctement, attribuait l'île de Kasikili à la Namibie (CR 99/11, p. 41, par. 6 (Chayes)).

21. A ce sujet, le Botswana fait observer ceci:

> «La thèse développée par la Namibie sur la base de la conduite ultérieure des parties repose sur des fondements extrêmement peu solides du point de vue aussi bien conceptuel que factuel. L'assise conceptuelle est faible parce que «la conduite ultérieure» invoquée par la Namibie est en vérité un argument reposant sur la prescription acquisitive. La conduite ultérieure, qui est liée à un instrument juridique existant, s'oppose à la prescription, qui a pour objet de défaire et de remplacer un titre préexistant.» (Réplique du Botswana, vol. I, p. 55, par. 157.)

22. Pourtant, la Namibie dit très clairement dans son mémoire que la conduite ultérieure des parties au traité anglo-allemand de 1890

> «est pertinente dans la présente controverse pour trois raisons distinctes. En premier lieu, elle corrobore l'interprétation du traité... En deuxième lieu, elle constitue un deuxième fondement totalement distinct de la revendication de la Namibie en vertu des doctrines concer-

tory by prescription, acquiescence and recognition. Finally, the conduct of the parties shows that Namibia was in possession of the Island at the time of termination of colonial rule, a fact that is pertinent to the application of the principle of *uti possidetis*." (Memorial of Namibia, Vol. I, p. 60, para. 165.)

23. Furthermore, in its oral pleadings Namibia stressed that "its primary claim is that its title is treaty based"; that its claim "of prescription is asserted in the alternative"; and that

> "the very meaning of the ability to plead in the alternative is that each claim is to be considered in its own right, and no inference is to be taken against one claim because an inconsistent claim has been pleaded" (CR 99/10, p. 24, para. 10 (Chayes)).

24. Consequently, the Court has to examine in the first place the primary claim presented by Namibia, i.e., subsequent practice as a means of interpretation of the 1890 Anglo-German Agreement; and only if Namibia's primary claim fails will the Court have to examine the alternative claims, based upon prescription, acquiescence and recognition, presented by Namibia to demonstrate its ownership of Kasikili Island.

V. The Mandate for South West Africa (Namibia)

25. Following the outbreak of the First World War, the Eastern Caprivi was occupied in September 1914 without resistance by paramilitary police from Southern Rhodesia. Captain Eason was appointed Special Commissioner for the Caprivi Zipfel on 6 November 1914 and took up his duties at Schuckmannsburg on 20 November. As stated in the Resident Commissioner's Report on the Administration of the Caprivi Zipfel during the period 1914 to 31 March 1922, "It was not desired that authority should be asserted to a greater extent or over a wider area than was absolutely essential." (Memorial of Namibia, Ann. 52, p. 203.)

26. By Article 119 of the Treaty of Peace signed at Versailles on 28 June 1919, Germany renounced in favour of the Principal Allied and Associated Powers all her rights over her overseas possessions, including therein German South West Africa.

27. Article 22, paragraph 1, of the League of Nations Covenant provided that:

> "To those colonies and territories which as a consequence of the late war have ceased to be under the sovereignty of the States which formerly governed them and which are inhabited by peoples not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the

nant l'acquisition de territoires par prescription, acquiescement et reconnaissance. En dernier lieu, la conduite des parties montre que la Namibie était en possession de l'île à l'époque où il a été mis fin au régime colonial, fait qui est pertinent pour l'application du principe de l'*uti possidetis*.» (Mémoire de la Namibie, vol. I, p. 60, par. 165.)

23. En outre, au cours de la procédure orale, la Namibie a souligné que «sa thèse principale est que son titre est d'origine conventionnelle», et qu'elle n'avance l'argument «de la prescription ... qu'à titre subsidiaire» et que

> «l'objet même de la faculté de plaider une thèse puis une autre à titre subsidiaire est que chacune des thèses doit être considérée pour ce qu'elle vaut et que l'on ne peut tirer aucune conclusion à l'encontre d'une thèse au seul motif qu'une thèse divergente a également été plaidée» (CR 99/10, p. 24, par. 10 (Chayes)).

24. Par suite, la Cour doit examiner en premier lieu la demande principale présentée par la Namibie, c'est-à-dire qu'elle doit examiner la conduite ultérieurement suivie pour interpréter l'accord anglo-allemand de 1890; et ce n'est que si cette demande principale de la Namibie n'aboutit pas que la Cour devra examiner les demandes subsidiaires, fondées sur la prescription, l'acquiescement et la reconnaissance, que la Namibie présente pour démontrer que l'île de Kasikili lui appartient.

V. LE MANDAT RELATIF AU SUD-OUEST AFRICAIN (NAMIBIE)

25. A la suite de l'ouverture des hostilités, lors de la première guerre mondiale, le Caprivi oriental a été occupé en septembre 1914 par la police paramilitaire de Rhodésie du Sud qui n'a rencontré aucune résistance. Le capitaine Eason a été nommé le 6 novembre 1914 commissaire spécial pour la bande de Caprivi et a pris ses fonctions le 20 novembre à Schuckmannsburg. Comme il est indiqué dans le rapport du commissaire résident pour l'administration de la bande de Caprivi pendant la période allant de 1914 au 31 mars 1922, «on ne voulait pas exercer l'autorité plus fortement ni sur une plus grande étendue qu'il n'était absolument indispensable» (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 52, p. 203).

26. Aux termes de l'article 119 du traité de paix signé à Versailles le 28 juin 1919, l'Allemagne a renoncé en faveur des principales Puissances alliées et associées à tous ses droits sur ses possessions d'outre-mer, y compris le Sud-Ouest africain allemand.

27. L'article 22, paragraphe 1 du Pacte de la Société des Nations dispose:

> «Les principes suivants s'appliquent aux colonies et territoires qui, à la suite de la guerre, ont cessé d'être sous la souveraineté des Etats qui les gouvernaient précédemment et qui sont habités par des peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les condi-

modern world, there should be applied the principle that the well-being and development of such peoples form a sacred trust of civilisation and that securities for the performance of this trust should be embodied in this Covenant."

28. Paragraph 2 of the same Article 22 added that:

> "The best method of giving practical effect to this principle is that the tutelage of such peoples should be entrusted to advanced nations who by reason of their resources, their experience or their geographical position can best undertake this responsibility, and who are willing to accept it, and that this tutelage should be exercised by them as Mandatories on behalf of the League."

29. Article 22, paragraph 6, of the League of Nations Covenant supplemented the mandate's system by providing that

> "territories, such as South-West Africa and certain of the South Pacific Islands, which, owing to the sparseness of their population, or their small size, or their remoteness from the centres of civilisation, or their geographical contiguity to the territory of the Mandatory, and other circumstances, can be best administered under the laws of the Mandatory as integral portions of its territory, subject to the safeguards above mentioned in the interests of the indigenous population".

30. Furthermore, Article 22 provided that the Mandatory shall render to the Council of the League of Nations an annual report in reference to the territory committed to its charge (para. 7); that a permanent Commission shall be constituted to receive and examine the annual reports of the Mandatories and to advise the Council on all matters relating to the observance of the mandates (para. 9); and that

> "The degree of authority, control, or administration to be exercised by the Mandatory shall, if not previously agreed upon by the Members of the League, be explicitly defined in each case by the Council." (Para. 8.)

31. The Principal Allied and Associated Powers agreed that a Mandate over the territory which formerly constituted the German Protectorate of South West Africa should be conferred upon His Britannic Majesty, to be exercised on his behalf by the Government of the Union of South Africa. His Britannic Majesty, for and on behalf of the Government of the Union of South Africa, agreed to accept the Mandate and undertook to exercise it on behalf of the League of Nations in accordance with the terms defined by its Council on 17 December 1920, which confirmed a prior decision taken on 7 May 1919.

32. According to the terms of South West Africa's mandate, the consent of the League of Nations was required for the modification of its provisions (Art. 7, para. 1); and the authority of the Union of South Africa was defined by Article 2 as follows:

tions particulièrement difficiles du monde moderne. Le bien-être et le développement de ces peuples forment une mission sacrée de civilisation, et il convient d'incorporer dans le présent Pacte des garanties pour l'accomplissement de cette mission.»

28. Le paragraphe 2 du même article 22 ajoute:

> «La meilleure méthode de réaliser pratiquement ce principe est de confier la tutelle de ces peuples aux nations développées qui, en raison de leurs ressources, de leur expérience ou de leur position géographique, sont le mieux à même d'assumer cette responsabilité, et qui consentent à l'accepter; elles exerceraient cette tutelle en qualité de mandataires et au nom de la Société.»

29. Et le paragraphe 6 du même article 22 du Pacte de la Société des Nations précise le régime des mandats en indiquant que

> «des territoires tels que le Sud-Ouest africain et certaines îles du Pacifique austral ... par suite de la faible densité de leur population, de leur superficie restreinte, de leur éloignement des centres de civilisation, de leur contiguïté géographique au territoire du mandataire ou d'autres circonstances ne sauraient être mieux administrés que sous les lois du mandataire, comme une partie intégrante de son territoire, sous réserve des garanties prévues plus haut dans l'intérêt de la population indigène.»

30. En outre, l'article 22 prévoit que le mandataire doit envoyer au Conseil un rapport annuel concernant les territoires dont il a la charge (par. 7); qu'une commission permanente sera chargée de recevoir et d'examiner les rapports annuels des mandataires et de donner au Conseil son avis sur toutes questions relatives à l'exécution des mandats (par. 9); et que

> «Si le degré d'autorité, de contrôle ou d'administration à exercer par le mandataire n'a pas fait l'objet d'une convention antérieure entre les Membres de la Société, il sera expressément statué sur ces points par le Conseil.» (Par. 8.)

31. Les principales Puissances alliées et associées ont accepté qu'un mandat sur le territoire de l'ancien protectorat allemand du Sud-Ouest soit confié à Sa Majesté britannique et exercé en son nom par le gouvernement de l'Union sud-africaine. Sa Majesté britannique a accepté pour le gouvernement de l'Union sud-africaine et en son nom ledit mandat et s'est engagée à l'exercer pour le compte de la Société des Nations conformément aux dispositions arrêtées par le Conseil de la Société le 17 décembre 1920, lesquelles ont confirmé une décision prise antérieurement le 7 mai 1919.

32. Aux termes du mandat sur le Sud-Ouest africain, il fallait demander à la Société des Nations son consentement pour pouvoir modifier ses dispositions (art. 7, par. 1); et le pouvoir de l'Union sud-africaine était défini à l'article 2 comme suit:

> "The Mandatory shall have full power of administration and legislation over the territory subject to the present Mandate as an integral portion of the Union of South Africa, and may apply the laws of the Union of South Africa to the territory, subject to such local modifications as circumstances may require.
>
> The Mandatory shall promote to the utmost the material and moral well-being and the social progress of the inhabitants of the territory subject to the present Mandate." (*League of Nations, Official Journal, January-February 1921*, p. 89.)

33. Until 31 December 1920 the Strip was ruled as a *de facto* part of the Bechuanaland Protectorate under martial law. Martial law in the Eastern Caprivi was ended by the Governor General's Proclamation No. 12 of 1922 and High Commissioner's Proclamation No. 23 of 1922, which placed the Strip under civilian Protectorate authority retroactively from 1 January 1922 (Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 19, p. 257.)

34. The Mandate of the Union of South Africa over South West Africa continued after the dissolution of the League of Nations, even though it was expected that the mandated territories, which had not become independent, should be placed under the trusteeship system of the United Nations. Notwithstanding, among the mandatory powers, only the Union of South Africa refused to do this in respect to the territory of South West Africa, because in its opinion the mandate had lapsed. As a result, the Union of South Africa not only refused to comply with its obligations under the Covenant and the Mandate but also invoked the special position of the mandated territory as a reason for making it a part of its territory. For this reason the General Assembly of the United Nations decided to request an Advisory Opinion from the Court on the matter.

35. The Court stated in its Advisory Opinion of 11 June 1950 that the creation of the Mandate:

> "did not involve any cession of territory or transfer of sovereignty to the Union of South Africa. The Union Government was to exercise an international function of administration on behalf of the League, with the object of promoting the well-being and development of the inhabitants." (*I.C.J. Reports 1950*, p. 132.)

36. Furthermore, the Court added that

(*a*) "the Union of South Africa continues to have the international obligations stated in Article 22 of the Covenant of the League of Nations and in the Mandate for South-West Africa" (*ibid.*, p. 143);

(*b*) "the General Assembly of the United Nations is legally qualified to exercise the supervisory functions previously exercised by the League

> «Le mandataire aura pleins pouvoirs d'administration et de législation sur le territoire faisant l'objet du mandat. Ce territoire sera administré selon la législation du mandataire comme partie intégrante de son territoire. Le mandataire est en conséquence autorisé à appliquer aux régions soumises au mandat la législation de l'Union de l'Afrique du Sud, sous réserve des modifications nécessitées par les conditions locales.
>
> Le mandataire accroîtra par tous les moyens en son pouvoir, le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants du territoire soumis au présent mandat.» (Société des Nations, *Journal officiel*, janvier-février 1921, p. 89.)

33. Jusqu'au 31 décembre 1920, la bande de Caprivi a été administrée comme si elle faisait *de facto* partie du protectorat du Bechuanaland soumis à la loi martiale. Dans la partie orientale du Caprivi, ce régime de la loi martiale a pris fin sous l'effet de la proclamation du gouverneur général n° 12 de 1922 et de la proclamation du Haut Commissaire n° 23 de 1922, qui a placé la bande de Caprivi sous l'autorité civile du protectorat rétroactivement à compter du 1^{er} janvier 1922 (mémoire du Botswana, annexes, vol. III, annexe 19, p. 257).

34. L'Union sud-africaine a continué d'exercer son mandat sur le Sud-Ouest africain après la dissolution de la Société des Nations, alors que l'on s'attendait pourtant à ce que les territoires sous mandat qui n'étaient pas devenus indépendants soient placés sous le régime de tutelle des Nations Unies. Parmi les puissances mandataires, l'Union sud-africaine fut la seule à refuser d'opérer ce transfert pour le territoire du Sud-Ouest africain, parce qu'à son avis le mandat était désormais caduc. Par suite, l'Union sud-africaine non seulement a refusé de s'acquitter de ses obligations en vertu du Pacte et du Mandat mais a également invoqué la situation particulière du territoire sous mandat pour l'annexer à son propre territoire. C'est pourquoi l'Assemblée générale des Nations Unies a décidé de demander à la Cour un avis consultatif sur la question.

35. Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu le 11 juin 1950, la Cour a déclaré que la création de l'institution du mandat

> «n'impliquait ni cession de territoire ni transfert de souveraineté à l'Union sud-africaine. Le gouvernement de l'Union devait exercer une fonction d'administration internationale au nom de la Société des Nations aux fins de favoriser le bien-être et le développement des habitants.» (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 132.)

36. La Cour ajoutait que

a) «l'Union sud-africaine continue à être soumise aux obligations internationales énoncées à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations et au Mandat pour le Sud-Ouest africain» (*ibid.*, p. 143);

b) «l'Assemblée générale des Nations Unies est fondée en droit à exercer les fonctions de surveillance qu'exerçait précédemment la Société des

of Nations with regard to the administration of the Territory, and that the Union of South Africa is under an obligation to submit to supervision and control of the General Assembly and to render annual reports to it" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 137);

(*c*) "It is clear that the Union has no competence to modify unilaterally the international status of the Territory or any of these international rules", as "is shown by Article 7 of the Mandate, which expressly provides that the consent of the Council of the League of Nations is required for any modification of the terms of the Mandate" (*ibid.*, p. 141);

and

(*d*) "that the Union of South Africa acting alone has not the competence to modify the international status of the Territory of South-West Africa, and that the competence to determine and modify the international status of the Territory rests with the Union of South Africa acting with the consent of the United Nations" (*ibid.*, p. 144).

37. The Union of South Africa's mandate over South West Africa was terminated by United Nations General Assembly resolution 2145 (XXI) of 1966; and its resolution 2248 (S-V) of 1967 entrusted the administration of South West Africa, with the new name of Namibia, to the Security Council. Furthermore, due to its refusal to withdraw from the territory, Security Council resolution 176 of 1970 declared South Africa's presence in Namibia (South West Africa) illegal; that illegality was confirmed by the Court in its Advisory Opinion of 26 January 1971 on the *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council resolution 276 (1970)* (*I.C.J. Reports 1971*, p. 58, para. 113) (see para. 69 of the Judgment).

38. The legal position of the Union of South Africa did not change during the existence of its mandate over South West Africa. The powers of the Union of South Africa over the territory of South West Africa were only administrative and legislative; they had to be exercised to "promote to the utmost the material and moral well-being and the social progress of the inhabitants". Acts of disposition of the territory of the mandate were outside the powers conferred on the Mandatory. Therefore, the Union of South Africa could not undertake such acts.

39. The British authorities acknowledged this legal situation in 1949, when examining the possibility of entering into an agreement with the Union of South Africa, as Mandatory Power for South West Africa, regarding Kasikili Island. Mr. G. H. Baxter, Commonwealth Relations Office, examined the proposal made by the Union of South West Africa to set the boundary in the southern channel of the Chobe River, guaranteeing the use of the northern channel for navigation by the inhabitants

Nations en ce qui concerne l'administration du territoire et que l'Union sud-africaine a l'obligation de se prêter à la surveillance de l'Assemblée générale et de lui soumettre des rapports annuels» (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 137);

c) «Il est évident que l'Union n'est pas compétente pour modifier unilatéralement le statut international du territoire ou l'une quelconque de ces règles internationales», comme il «ressort de l'article 7 du Mandat, qui dispose expressément que l'autorisation du Conseil de la Société des Nations est nécessaire pour modifier les dispositions du Mandat» (*ibid.*, p. 141);

et que

d) «l'Union sud-africaine agissant seule n'est pas compétente pour modifier le statut international du territoire du Sud-Ouest africain et que la compétence pour déterminer et modifier ce statut appartient à l'Union sud-africaine agissant avec le consentement des Nations Unies» (*ibid.*, p. 144).

37. L'Assemblée générale des Nations Unies a mis fin au mandat de l'Union sud-africaine sur le Sud-Ouest africain par sa résolution 2145 (XXI) de 1966; et elle a confié au Conseil de sécurité l'administration du Sud-Ouest africain portant désormais le nouveau nom de Namibie par sa résolution 2248 (S-V) de 1967. En outre, l'Afrique du Sud refusant de se retirer du territoire, le Conseil de sécurité a déclaré que sa présence en Namibie (Sud-Ouest africain) était illicite dans sa résolution 176 de 1970; cette illicéité a été confirmée par la Cour dans l'avis consultatif qu'elle a rendu le 26 janvier 1971 sur les *Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité* (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 58, par. 113) (voir le paragraphe 69 de l'arrêt).

38. La position juridique de l'Union sud-africaine est demeurée inchangée pendant tout le temps que son mandat sur le Sud-Ouest africain a existé. Ses pouvoirs sur le territoire étaient exclusivement des pouvoirs administratifs et législatifs; et l'Union devait les exercer afin d'«accroîtr[e], par tous les moyens en son pouvoir, le bien-être matériel et moral ainsi que le progrès social des habitants». Il n'entrait pas dans les pouvoirs conférés au mandataire de procéder à des actes de disposition du territoire, et l'Union sud-africaine, par conséquent, ne pouvait pas procéder à de tels actes.

39. Les autorités britanniques ont compris que telle était la situation juridique en 1949, quand elles ont examiné la possibilité de conclure un accord au sujet de l'île de Kasikili avec l'Union sud-africaine en sa qualité de puissance mandataire pour le Sud-Ouest africain. M. G. H. Baxter (bureau des relations du Commonwealth) examine alors la proposition formulée par l'Union sud-africaine qui vise à situer la frontière dans le chenal sud du Chobe, étant entendu que les habitants et les autorités du

and authorities of the Bechuanaland Protectorate (Letter of 14 October 1948 to the High Commissioner's Office in Pretoria, Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 63, p. 280; Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 23).

40. Mr. Baxter's Report of 20 October 1949 to Sir Evelyn Baring, High Commissioner for Basutoland, the Bechuanaland Protectorate and Swaziland, commented on the international aspect of the matter in the following terms:

> "This is governed largely by the question whether the mandate is still regarded as effective. It is understood that the view of the Union Government is that the mandate has expired. [Mr. Baxter's Report was prepared in 1950 before the Court gave its Advisory Opinion on the matter.] This view, however, is not universally shared by other Governments and the position under International Law seems to be obscure. The mandate is limited, by the preamble and Article 1, to the territory which formerly constituted the German Protectorate of South West Africa. By Article III of an Agreement made in 1900 with Germany, the boundary at this point was fixed at the centre of the main channel of the river and if, as now appears to be the case, the main channel was at all material times on the north side of the island in question, the mandated territory did not include the island. Under Article 7 of the Mandate no modification could be made without the consent of the Council of the League of Nations. In so far as the mandate is still operative, this might be interpreted as referring to some organ of the United Nations or as making any adjustment impossible. No doubt it is unlikely that anyone would raise any objection in the United Nations, especially as the proposal is to add to the territory and not in any way to reduce its area, but the possibility cannot be entirely ignored." (Memorial of Botswana, Vol. III, Annexes, Ann. 28, p. 288.)

Furthermore Mr. G. H. Baxter added the following observations:

> "Article VI of the Agreement of 1900 provides that 'the lines of demarcation traced in Articles I to IV shall be subject to rectification by agreement between the two Powers, in accordance with local requirements'. It might be argued that this now operates to permit the boundary to be varied, for the purposes of both international and municipal law, by agreement between the United Kingdom Government and the Government of the Union as successor of the German Government. It is, however, doubtful whether the argument would be sound, since rectification would alter what is in fact, the boundary of the former German Protectorate. As between these two Governments, Article VI is probably still effective, but we are

protectorat du Bechuanaland se verraient garantir la possibilité d'utiliser le chenal nord pour la navigation (lettre datée du 14 octobre 1948 et adressée au cabinet du haut commissaire à Pretoria, mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 63, p. 280; mémoire du Botswana, annexes, vol. III, annexe 23).

40. Dans le rapport qu'il adresse le 20 octobre 1949 à sir Evelyn Baring, au commissaire pour le Basutoland, le protectorat du Bechuanaland et le Swaziland, M. Baxter formule des observations sur l'aspect international de la question:

> «l'aspect international ... dépend en majeure partie de la question de savoir si le mandat est toujours considéré comme étant en vigueur. Le gouvernement de l'Union est d'avis que le mandat est arrivé à expiration. [Ce rapport de M. Baxter a été établi en 1950 avant que la Cour ait rendu son avis consultatif sur la question.] Or, ce point de vue n'est pas universellement partagé par les autres gouvernements et la situation, au regard du droit international, semble complexe. Le mandat est limité, par le préambule et son article I, au territoire qui constituait l'ancien protectorat allemand du Sud-Ouest africain. En vertu de l'article III d'un accord conclu en 1900 avec l'Allemagne, la frontière a été fixée à l'époque comme passant par la ligne médiane du cours principal de la rivière et, comme il s'avère être le cas aujourd'hui, le cours principal se situait concrètement au nord de l'île en question, le territoire sous mandat ne comprenant donc pas ladite île. En vertu de l'article 7 du mandat, aucune modification n'est réalisable sans le consentement du Conseil de la Société des Nations. Dans la mesure où le mandat est toujours en vigueur, on pourrait en conclure qu'il convient donc d'en référer à un organe des Nations Unies ou bien qu'il est impossible de procéder à la moindre rectification de frontière. Certes, il est possible que personne n'émette d'objection au sein des Nations Unies, puisque la proposition consiste en un accroissement territorial et non pas en une réduction, mais l'éventualité d'une objection ne peut être ignorée.» (Mémoire du Botswana, vol. III, annexes, annexe 28, p. 288.)

Et M. G. H. Baxter ajoute:

> «L'article VI de l'accord de 1900 dispose que «les lignes de démarcation fixées aux articles I à IV pourront être rectifiées par voie d'accord entre les deux puissances en fonction des nécessités locales». On pourrait donc dire que cette disposition autorise aujourd'hui à modifier la frontière tant aux fins du droit international que du droit interne par voie d'accord entre le Gouvernement du Royaume-Uni et le gouvernement de l'Union qui est en l'occurrence le successeur du Gouvernement allemand. Mais il est peu probable que l'argument soit valable car la rectification reviendrait à modifier ce qui est en fait la frontière de l'ancien protectorat allemand. Entre ces deux gouvernements, l'article VI est probablement encore en

> here concerned with a document (the Mandate) in which others are interested." (Memorial of Botswana, Vol. III, Annexes, Ann. 28, pp. 290-291.)

41. Taking into account these considerations, the High Commissioner's Office, Pretoria, concluded that "it would seem desirable to let sleeping dogs lie" (19 November 1949 Letter of High Commissioner, Pretoria, to V. F. Ellenberger, Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 29, p. 296). Therefore, the High Commissioner, Sir Evelyn Baring, took the decision not to enter into a formal agreement, and his letter of 10 May 1951 explained to Mr. Forsyth of the South African Department of External Affairs, that the matter was "beset by legal complications of an international nature, the solution of which would entail difficulties disproportionate to the importance of the matter at issue" (Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 69, p. 294; Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 30, p. 298; CR 99/7, p. 12 (Brownlie)).

42. Consequently, after the confirmation of the creation of the mandate by the Council of the League of Nations in 1920, the Union of South Africa could not dispose by its own actions of the territory of South West Africa, as it had been determined by the subsequent practice of the parties to the 1890 Anglo-German Agreement.

43. For this reason, 1914 is the latest date to be taken into account for the determination of the subsequent practice of the parties, Germany and Great Britain, in regard to the interpretation of Article III of the 1890 Anglo-German Agreement. In fact, no subsequent practice could exist on the part of Germany after September 1914 when the Eastern Caprivi was occupied by Southern Rhodesia. During the existence of the mandate the Union of South Africa had no competence either to enter into any express agreement to delimit the international boundary of South West Africa or to modify the prevailing subsequent practice with regard to the interpretation of Article III of the 1890 Anglo-German Agreement. Consequently, in my opinion, the subsequent practice of the parties for the purpose of interpreting the Anglo-German Agreement should be determined on the basis of the situation existing up to September 1914.

VI. Relevant Evidence Submitted to the Court

44. The Court stated in its Judgment of 26 November 1984 that "it is the litigant seeking to establish a fact who bears the burden of proving it" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 437, para. 101; cf. also *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), I.C.J. Reports 1986*, p. 587, para. 65).

45. For this reason the Court has to examine in the present case the evidence presented by Namibia to support its contention that the subse-

vigueur, mais nous nous trouvons ici en présence d'un texte (le mandat) qui intéresse d'autres parties.» (Mémoire du Botswana, vol. III, annexes, annexe 28, p. 290-291.)

41. Compte tenu des considérations ci-dessus, le cabinet du haut commissaire à Pretoria a conclu qu'il «vaudrait mieux ne soulever aucun lièvre» (lettre adressée le 19 novembre 1949 par le haut commissaire à Pretoria à V. F. Ellenberger, mémoire du Botswana, vol. III, annexe 29, p. 296). Le haut commissaire, sir Evelyn Baring, a donc décidé de ne pas conclure d'accord formel et il a expliqué dans une lettre datée du 10 mai 1951 à M. Forsyth, du département des affaires extérieures de l'Union sud-africaine, que la question semblait «de nature à créer de multiples complications juridiques de caractère international dont la solution soulèverait des difficultés hors de proportion avec l'importance de l'affaire» (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 69, p. 294; mémoire du Botswana, annexes, vol. III, annexe 30, p. 298; CR 99/7, p. 12 (Brownlie)).

42. Par suite, une fois confirmée la création de l'institution du mandat par le Conseil de la Société des Nations en 1920, l'Union sud-africaine ne pouvait pas de sa propre initiative modifier le territoire du Sud-Ouest africain tel qu'il avait été déterminé par la conduite ultérieurement suivie des parties à l'accord anglo-allemand de 1890.

43. C'est pourquoi 1914 représente la dernière date à prendre en considération pour la détermination de la conduite ultérieure des parties, l'Allemagne et la Grande-Bretagne, en ce qui concerne l'interprétation de l'article III de l'accord anglo-allemand de 1890. En fait, aucune conduite ultérieure ne peut exister de la part de l'Allemagne au-delà de septembre 1914, date à laquelle la partie orientale du Caprivi a été occupée par la Rhodésie du Sud. Tant que le mandat était en vigueur, l'Union sud-africaine n'avait pas compétence ni pour conclure expressément un accord quelconque destiné à délimiter la frontière internationale du Sud-Ouest africain ni pour modifier la conduite ultérieurement suivie en ce qui concerne l'interprétation de l'article III de l'accord anglo-allemand de 1890. Par suite, à mon sens, il convient de déterminer cette conduite ultérieure des parties aux fins de l'interprétation de l'accord anglo-allemand sur la base de la situation qui a existé jusqu'en septembre 1914.

VI. ELEMENTS DE PREUVE PERTINENTS PRESENTES A LA COUR

44. Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 26 novembre 1984, la Cour a dit que «c'est en définitive au plaideur qui cherche à établir un fait qu'incombe la charge de la preuve» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 437, par. 101; voir également *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali), C.I.J. Recueil 1986*, p. 587, par. 65).

45. C'est pourquoi la Cour doit examiner en l'espèce les éléments que la Namibie a présentés à la Cour pour appuyer sa thèse qui est que la

quent practice of the parties to the 1890 Anglo-German Agreement demonstrates that they considered the southern channel of the Chobe River as the "main channel" referred to in Article III of that Agreement; and that, therefore Kasikili Island was part of Namibia. Thus the facts indicative of the subsequent practice of the parties alleged by Namibia are:

> "(1) continuous, open and notorious occupation and use of the territory in question over a long period of time; (2) exercise of sovereignty in the territory; and (3) failure of the other party, having knowledge of these facts, to object, protest or assert its rights" (Memorial of Namibia, Vol. I, p. 66, para. 180).

46. The evidence to be examined is the following:

A. Captain H. V. Eason's Report (1912)

47. An exchange of communications took place between Great Britain and Germany at the beginning of the century, dealing with the western half of the southern boundary line established by the 1890 Anglo-German Treaty. On 14 January 1911 Lord Harcourt, the Secretary of State of the Colonial Office, instructed the High Commissioner of the Bechuanaland Protectorate to gather "all available information from local sources in support of the view that the north channel is the main channel" of the Chobe river around Kasikili Island (Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 44, p. 170).

48. This despatch led to Captain H. V. Eason's Report, dated 5 August 1912, where he states:

> "Two miles above the rapids lies Kissikiri Island. Here I consider that undoubtedly the North should be claimed as the main channel. At the Western end of the island the North Channel at this period of the year is over one hundred feet wide and eight feet deep, the South Channel about forty feet wide and four feet deep. The South Channel is merely a back water, what current there is goes round the North. The natives living at Kasika in German territory are at present growing crops on it." (Memorial of Namibia, Vol. IV, Ann. 47, p. 177.)

49. Even though Captain Eason stated that the northern channel "should be claimed as the main channel", he acknowledged that "the natives living at Kasika in German territory are at present growing crops on it", meaning Kasikili Island.

pratique ultérieurement suivie par les parties à l'accord anglo-allemand de 1890 démontre que, pour elles, le chenal sud du Chobe était le «chenal principal» visé à l'article III dudit accord; et que, par conséquent, l'île de Kasikili faisait partie de la Namibie. Dans ces conditions, les faits qui indiquent quelle a été la pratique ultérieurement suivie par les parties, tels que la Namibie les présente, sont les suivants:

> «1) l'occupation et l'utilisation continues, publiques et notoires du territoire en question durant une longue période; 2) l'exercice de la souveraineté sur ce territoire et 3) le défaut pour l'autre partie, ayant connaissance de ces faits, d'élever des objections ou protestations ou de faire valoir ses droits» (mémoire de la Namibie, vol. I, p. 66, par. 180).

46. Les éléments de preuve à examiner sont les suivants:

A. Le rapport du capitaine H. V. Eason (1912)

47. Un échange de communications a lieu entre la Grande-Bretagne et l'Allemagne au début du siècle, qui porte sur la moitié occidentale de la démarcation sud établie par le traité anglo-allemand de 1890. Le 14 janvier 1911, le secrétaire d'Etat aux colonies, lord Harcourt, a donné pour instruction au haut commissaire du protectorat du Bechuanaland de recueillir «toutes les informations disponibles auprès de sources locales pour étayer l'idée que le chenal nord est le chenal principal» du Chobe aux alentours de l'île de Kasikili (mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 44, p. 170).

48. C'est cette dépêche qui est à l'origine du rapport du capitaine H. V. Eason, lequel est daté du 5 août 1912, dans lequel l'auteur dit ceci:

> «A 2 miles [3,20 kilomètres] en amont des rapides, on trouve l'île de Kissikiri. Là, j'estime que c'est sans aucun doute le chenal nord qui doit être considéré comme le chenal principal. A l'extrémité occidentale de l'île, en cette période de l'année, le chenal nord est large de plus de 100 pieds [30,50 mètres] et sa profondeur est de 8 pieds [2,40 mètres], et le chenal sud a une largeur d'environ 40 pieds [12,20 mètres] et une profondeur de 4 pieds [1,20 mètre]. Ce chenal sud est principalement un bras mort et, s'il y a du courant, celui-ci s'écoule vers le nord. Les autochtones qui vivent à Kasika, en territoire allemand, y pratiquent actuellement la culture.» (Mémoire de la Namibie, vol. IV, annexe 47, p. 177.)

49. Bien que le capitaine Eason ait déclaré que c'était le chenal nord «qui [devait] être considéré comme le chenal principal», il a reconnu que les «autochtones qui vivent à Kasika, en territoire allemand, y prati-qu[aient] actuellement la culture», et il voulait ainsi parler de l'île de Kasikili.

B. Joint Report of 1948 (Trollope-Redman) and Exchange of Letters between 1948 and 1951

50. The 1948 Joint Report prepared by L. F. W. Trollope and Noel W. Redman, as well as its antecedents and the correspondence that followed between 1948 and 1951, are comprehensively reviewed in paragraphs 56 to 61 of the Judgment. The relevant extracts need not therefore be reproduced here. In my opinion those documents demonstrate:

(a) that the Masubia of the Eastern Caprivi were the only tribesmen who used the Island for cultivation not only until 1914, i.e., the critical date for the purpose of interpreting the 1890 Anglo-German Agreement, but also until 1947 when the border dispute arose between the Parties;

(b) that during the same period neither the Bechuanaland tribesmen nor the Bechuanaland Protectorate authorities ever complained about that use;

(c) that the Bechuanaland Protectorate tribesmen had never used the Island either for cultivation or for other purposes; and

(d) that the Bechuanaland tribesmen and Bechuanaland Protectorate authorities enjoyed undisputed use of the northern channel of the Chobe River around Kasikili Island.

These conclusions are accepted in the Judgment, where it is stated:

> "From the various administrative and diplomatic documents referred to above, the Court, for its part, observes the following: (1) prior to 1947 no differences had arisen between Bechuanaland and the power administering the Caprivi Strip with regard to the boundary in the area of Kasikili/Sedudu Island; (2) it appears that, on the basis of the maps available at the time, the boundary had until then been supposed to be located in the southern channel of the Chobe . . ." (Para. 62.)

C. Mr. R. R. Renew's Report (1965)

51. In response to a request for information about Kasikili Island from the Department of Public Works, Mr. R. R. Renew, Surveyor-General of the Bechuanaland Protectorate, prepared his report of 10 October 1965. In the first place Mr. Renew recalled:

> "Kasikili island became the subject of a dispute in 1947 when the Native Commissioner of the eastern Caprivi Strip was alleged to have challenged Bechuanaland's right to the use of the main channel of the Chobe River along the north side of the island, as a waterway." (Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 36, p. 321.)

B. Le rapport conjoint de 1948 (Trollope-Redman) et l'échange de correspondance entre 1948 et 1951

50. La Cour analyse en détail, aux paragraphes 56 à 61 de l'arrêt, le rapport conjoint de 1948 établi par L. F. W. Trollope et Noel W. Redman, ainsi que les antécédents de ce rapport et la correspondance qui a suivi entre 1948 et 1951. Il n'y a donc pas lieu de reproduire ici les extraits pertinents. A mon sens, ces documents établissent:

a) que les Masubia de la partie orientale du Caprivi étaient la seule tribu qui utilisait l'île pour la cultiver non seulement jusqu'en 1914, c'est-à-dire jusqu'à la date critique à prendre en compte aux fins de l'interprétation de l'accord anglo-allemand de 1890, mais aussi jusqu'en 1947, date à laquelle le différend frontalier est né entre les Parties;

b) qu'au cours de cette même période, ni les tribus du Bechuanaland ni les autorités du protectorat du Bechuanaland n'ont jamais formulé de plainte au sujet de cette utilisation de l'île;

c) que les tribus du protectorat du Bechuanaland n'ont jamais exploité l'île ni à des fins agricoles ni à d'autres fins quelconques; et

d) que les tribus du Bechuanaland et les autorités du protectorat du Bechuanaland pouvaient utiliser sans la moindre contestation le chenal nord du Chobe autour de l'île de Kasikili.

Ces conclusions sont du reste acceptées dans l'arrêt, où l'on peut lire ceci:

> «De l'ensemble de la documentation administrative et diplomatique mentionnée ci-dessus, la Cour, pour sa part, retiendra les éléments suivants: 1) jusqu'en 1947, aucune divergence de vues n'avait surgi entre, d'une part, la puissance administrant la bande de Caprivi et, d'autre part, le Bechuanaland au sujet de la frontière dans la région de l'île de Kasikili/Sedudu; 2) il semble que, compte tenu des cartes alors disponibles, la frontière était jusque là supposée se situer dans le chenal sud du Chobe...» (Par. 62.)

C. Le rapport de M. R. R. Renew (1965)

51. Répondant à une demande de renseignements concernant l'île de Kasikili qui émanait du ministère des travaux publics, R. R. Renew, cartographe général du protectorat du Bechuanaland a établi son rapport le 10 octobre 1965. M. Renew rappelle tout d'abord:

> «L'île de Kasikili est devenue l'objet d'un litige en 1947 quand, à cette date, le commissaire indigène de l'est de la bande de Caprivi aurait contesté le droit du Bechuanaland à utiliser le bras principal de la rivière Chobe, le long du côté nord de l'île, comme voie navigable.» (Mémoire du Botswana, vol. III, annexe 36, p. 321.)

Then, after reviewing the Trollope-Dickinson exchange of letters (1948-1951), Mr. Renew concluded that "It appears, therefore, that if we now wish to use the island we have no alternative but to re-open the matter". Furthermore he added:

> "I think that the South African case for possession of this island is very weak. The fact that we did not use it, and allowed the Caprivi tribesmen to use it, does not amount to prescription so much as tolerating its use by the Caprivi people while it was inconvenient for us to use it." (Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 36, p. 325.)

52. Thus, the facts stated by Mr. R. R. Renew in his Report coincide with the conclusions already reached in this opinion (see para. 50 above).

D. Witnesses called by Namibia

53. The statements in May and June 1994 by Namibia's witnesses before the Joint Technical Team of Experts confirm that only the Masubia of the Eastern Caprivi used Kasikili Island for ploughing; that no one from the Bechuanaland Protectorate had ever used the Island; that permission to use the Island was only ever sought or obtained from the Masubia authorities; and that these activities were known at the time to the British authorities.

54. Botswana maintains that those statements cannot be accepted because of the contradictions that emerged when the witnesses were cross-examined. In particular it stresses that Chief Moraliswani, when asked about the date people stopped ploughing on Kasikili Island, answered:

> "That was in 1937 when now a lot of elephants were now entering Caprivi and then when people were ploughing it was found that those elephants were destroying their fields, it's when they decided to move and come to the other side here in Caprivi." (Memorial of Namibia, Annexes, Vol. III, Ann. 2, p. 209.)

Therefore Botswana concludes that the cultivation of the Island ceased in 1937 (Counter-Memorial of Botswana, Vol. I, p. 205, para. 468).

55. However, as stated before, the subsequent practice of the parties for purposes of interpreting the 1890 Anglo-German Agreement has to be examined only until 1914 (see Section V of this opinion). Therefore, Botswana's contention that cultivation of Kasikili Island took place only until 1937 is irrelevant. Besides, even though Namibia's witnesses sometimes contradict themselves in details, the bulk of their statements is consistent and for this reason, in my opinion, the statements should be

Puis, après avoir analysé l'échange de correspondance Trollope-Dickinson (1948-1951), M. Renew formule la conclusion suivante: «Il semble donc que, si nous voulons maintenant utiliser l'île, nous n'avons pas d'autre choix que de rouvrir la question.» Et il ajoute:

> «Je pense que les arguments par lesquels l'Afrique du Sud prétend posséder cette île sont très faibles. Le fait que nous n'en ayons pas fait usage et que nous ayons autorisé les membres des tribus du Caprivi à l'utiliser n'est pas vraiment assimilable à la prescription; cela veut plutôt dire que nous avons toléré que la population du Caprivi utilise l'île alors qu'il était mal commode pour nous de l'utiliser nous-mêmes.» (Mémoire du Botswana, annexes, vol. III, annexe 36, p. 325.)

52. En somme, les faits énoncés par M. R. R. Renew dans son rapport coïncident avec les conclusions déjà formulées dans la présente opinion (voir le paragraphe 50 ci-dessus).

D. Les témoins produits par la Namibie

53. Les déclarations entendues en mai et juin 1994 de la bouche des témoins produits par la Namibie pour déposer devant l'équipe technique conjointe d'experts confirment que seuls les Masubia de la partie orientale du Caprivi utilisaient l'île de Kasikili pour y pratiquer des cultures; que, jamais, des individus relevant du protectorat du Bechuanaland n'avaient utilisé l'île; que l'autorisation d'utiliser l'île n'a jamais été demandée qu'aux autorités des Masubia ou jamais obtenue qu'auprès desdites autorités; et que les autorités britanniques étaient à l'époque au courant de ces activités.

54. Le Botswana soutient qu'il n'est pas possible de retenir ces déclarations à cause des contradictions qui sont apparues lors du contre-interrogatoire des témoins. En particulier, le Botswana souligne que le chef Moraliswani, quand on lui a demandé quand il a été mis fin aux labours sur l'île de Kasikili, a répondu ceci:

> «C'était en 1937, à ce moment-là, beaucoup d'éléphants entraient au Caprivi et, quand les gens labouraient, ils constataient que les éléphants détruisaient leurs champs, et c'est alors qu'ils décidaient de se déplacer et de s'installer de l'autre côté, ici, au Caprivi.» (Mémoire de la Namibie, annexes, vol. III, annexe 2, p. 209.)

Le Botswana en tire par conséquent la conclusion que l'île a cessé d'être cultivée en 1937 (contre-mémoire du Botswana, vol. I, p. 205, par. 468).

55. Toutefois, comme nous l'avons dit, la conduite ultérieurement suivie par les parties ne doit être examinée aux fins de l'interprétation de l'accord anglo-allemand de 1890 que jusqu'en 1914 (voir la section V de la présente opinion). Par conséquent, quand le Botswana dit que l'île de Kasikili n'a été cultivée que jusqu'en 1937, son argument n'a aucune pertinence. Du reste, même si les témoins de la Namibie se contredisent parfois quand il s'agit de détails, ils disent essentiellement la même chose et

accepted as valid evidence. Consequently, this objection by Botswana cannot be upheld.

56. Additionally, Botswana contends that extraneous oral evidence would only be relevant if it were intended to shed some light on either the actual intentions of the parties to the 1890 Anglo-German Agreement or on the ordinary meaning at the material time (1890) of the phrase "the centre of the main channel of [the] river" included in its Article III. Consequently, in Botswana's view extraneous oral evidence of alleged activities on the Island as evidence of subsequent practice is of no legal relevance for purposes of determining the boundary between Namibia and Botswana on the basis of the Anglo-German Agreement of 1890 (Counter-Memorial of Botswana, p. 203, para. 461; CR 99/12, pp. 10-11 (Tafa)).

57. The Joint Team of Technical Experts was created as a consequence of the Communiqué issued on 24 May 1992 by the President of Botswana, the President of Namibia and the President of Zimbabwe (Memorial of Botswana, Vol. III, Annexes, Ann. 55, pp. 413-415); and the Memorandum of Understanding regarding its terms of reference, signed by Namibia and Botswana on 23 December 1992, expressly permits the taking of oral evidence. Thus, Article 7, paragraph 1, of the Memorandum of Understanding provides that

> "In the execution of its functions, the Team shall have authority to:
>
> . . . .
>
> *(f)* hear, without prejudice to the 1890 and 1892 Treaties, any oral evidence from any competent person in Botswana and Namibia or from any other country which the Team may consider necessary to enable it to arrive at a decision on the Kasikili/Sedudu Island dispute." (Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 57, pp. 433-434.)

58. Consequently the 1992 terms of reference did not restrict witness testimony to the demonstration of the actual intentions of parties to the 1890 Anglo-German Agreement, or of the ordinary meaning of the words "the centre of the main channel of the river" at the material time (1890), as Botswana claims. Witness evidence was declared admissible in general terms, whenever appropriate, to demonstrate facts relevant to the boundary dispute over Kasikili/Sedudu Island. Therefore Namibia called witnesses to demonstrate the subsequent conduct of the parties as a means of interpretation of the 1890 Anglo-German Agreement. For the same reason Botswana presented and relied upon the statements of its witnesses as good evidence to contradict the subsequent practice asserted by Namibia and to prove that the Masubia from the Eastern Caprivi Zipfel were not the only persons who used Kasikili Island. Consequently, in my opinion, this objection of Botswana cannot be upheld.

c'est pourquoi, à mon avis, il faut tenir leurs déclarations pour des témoignages valables. Par suite, l'objection qui est ainsi formulée par le Botswana ne peut pas être retenue.

56. En outre, le Botswana plaide que les dépositions de témoins ne seraient pertinentes que si elles devaient éclairer soit les intentions réelles des parties à l'accord anglo-allemand de 1890 soit le sens ordinaire à l'époque considérée (c'est-à-dire 1890) du membre de phrase: «le centre du chenal principal [du fleuve]» qui figure à l'article III dudit traité. Par suite, pour le Botswana, les dépositions relatives à des activités alléguées sur l'île, qui tendraient à rapporter la preuve d'une conduite ultérieurement suivie, ne présentent aucune pertinence en droit quand il s'agit de déterminer la frontière entre la Namibie et le Botswana sur la base de l'accord anglo-allemand de 1890 (contre-mémoire du Botswana, p. 203, par. 461; CR 99/12, p. 10-11 (Tafa)).

57. La commission mixte d'experts techniques a été constituée à la suite du communiqué publié le 24 mai 1992 par le président du Botswana, le président de la Namibie et le président du Zimbabwe (mémoire du Botswana, vol. III, annexes, annexe 55, p. 413-415); et le mémorandum d'accord relatif au mandat de l'équipe qui a été signé par la Namibie et le Botswana le 23 décembre 1992 autorise expressément les dépositions verbales. L'article 7, paragraphe 1, du mémorandum d'accord se lit comme suit:

> «Dans l'exécution de ses fonctions, l'équipe aura le pouvoir
>
> . . . .
>
> *f)* d'entendre sans préjudice des traités de 1890 et 1892 tout témoignage oral émanant de toute personne compétente au Botswana et en Namibie ou dans n'importe quel autre pays que l'équipe jugera nécessaire pour lui permettre de statuer sur le différend relatif à l'île de Kasikili/Sedudu.» (Mémoire du Botswana, annexes, vol. III, annexe 57, p. 433-434.)

58. On peut donc dire que le mandat de 1992 n'obligeait pas les témoins à montrer exclusivement quelles étaient les intentions réelles des parties à l'accord anglo-allemand de 1890 ou quel était le sens ordinaire des termes «le centre du chenal principal du fleuve» à l'époque considérée (1890), comme le soutient le Botswana. Les dépositions de témoins ont été déclarées recevables en général, chaque fois qu'elles se justifiaient, pour établir des faits intéressant le différend frontalier dont fait l'objet l'île de Kasikili/Sedudu. La Namibie a par conséquent appelé des témoins pour établir quelle a été la conduite ultérieurement suivie par les parties qui est un moyen d'interpréter l'accord anglo-allemand de 1890. Pour la même raison, le Botswana a présenté les déclarations de ses témoins comme étant de bons éléments de preuve, sur lesquels il s'est appuyé pour contredire la conduite ultérieurement suivie telle que la formulait la Namibie et prouver que les Masubia de la partie orientale du Caprivi n'étaient pas les seuls à utiliser l'île de Kasikili. Par suite, à mon sens, cette objection du Botswana ne peut pas être retenue.

E. Evidence presented by Botswana

59. (1) Botswana presented affidavits by the following persons: *(a)* Dominic Diau (dated 6 October 1997); Brian Egner (dated 19 September 1997); Peter Gordon Hepburn (dated 6 August 1997); Timothy Neville Liversedge (dated 30 October 1997); and Michael Slogrove (dated 8 July 1997) (Counter-Memorial of Botswana, Anns. 47-51); and *(b)* Botsweletse Kingsley Sebele (dated 14 August 1998); Michael Slogrove (dated 24 August 1998); and Simon Adolph Hirschfield (dated 25 August 1998) (Reply of Botswana, Vol. I, Anns. 20-22).

60. The statements embodied in the above-mentioned affidavits limit themselves to facts that took place between 1977 and 1979; 1959 and 1962; 1962 and 1970; 1969 and 1970 and 1972 and 1978, respectively (Counter-Memorial of Botswana, Anns. 47-51); and between October 1971 and April 1975; 1972 and 1978 and 1971 and 1995 (Reply of Botswana, Anns. 20-22). Therefore, in my opinion, they are not relevant to the subsequent practice of the parties to the 1890 Anglo-German Agreement in 1914, which is the critical date; nor even in 1947 when the dispute arose for the first time between the Parties (see Section V of this opinion).

61. (2) Mr. Noel Redman, the District Commissioner at Kasane, in the cover letter of 26 January 1948 (para. 5), attaching his and Mr. Trollope's Joint Report, reported to the Government Secretary (Maefeking) the following:

> "Since the attached report was prepared I have received further information from an inhabitant of the Island that in 1924 a Caprivi Chief named Liswaninyana applied to Captain Neale (*sic* Nellie), the Resident Magistrate at Kasane, for permission for his people to plough on the Island and graze cattle there. This was evidently granted verbally and no written agreement is known. At this time Government Oxen were grazing on the Island but they were removed in 1925. Before 1924 the same informant told me that there was one Caprivi family ploughing there but they had no authority to do so." (Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 22, p. 265; CR 99/7, pp. 23-24 (Brownlie).)

62. However, the additional information reported by Mr. Redman refers to acts which occurred after 1914, the critical date for determining the subsequent practice of the parties in order to interpret the 1890 Anglo-German Agreement. Moreover, the witness testimony reported by Mr. Redman was merely hearsay. Furthermore, as Namibia observes,

> "in 1924 Captain Neale had a dual role. He was both District Commissioner for Kasane in the Bechuanaland Protectorate and admin-

E. Eléments de preuve présentés par le Botswana

59. 1) Le Botswana a présenté des déclarations écrites sous serment des personnes ci-après : *a)* Dominic Diau (déclaration datée du 6 octobre 1997) ; Brian Egner (déclaration datée du 19 septembre 1997) ; Peter Gordon Hepburn (déclaration datée du 6 août 1997) ; Timothy Neville Liversedge (déclaration datée du 30 octobre 1997) et Michael Slogrove (déclaration datée du 8 juillet 1997) (contre-mémoire du Botswana, annexes 47-51) ; et *b)* Botsweletse Kingsley Sebele (déclaration du 14 août 1998) ; Michael Slogrove (déclaration datée du 24 août 1998) ; et Simon Adolph Hirschfield (déclaration du 25 août 1998) (réplique du Botswana, vol. I, annexes 20-22).

60. Les déclarations sous serment ci-dessus se limitent à des faits qui ont eu lieu entre 1977 et 1979 ; 1959 et 1962 ; 1962 et 1970 ; 1969-1970 et 1972-1978 respectivement (contre-mémoire du Botswana, annexes 47-51) ; et des faits qui ont eu lieu entre octobre 1971 et avril 1975 ; entre 1972-1978 et 1971-1995 (réplique du Botswana, annexes 20-22). Par conséquent, à mon sens, ces faits ne sont pas utiles pour établir la conduite ultérieurement suivie par les parties à l'accord anglo-allemand de 1890 en 1914, qui est la date critique ; ni même en 1947, qui est la date à laquelle le différend a surgi pour la première fois entre les Parties (voir section V ci-dessus de la présente opinion).

61. 2) Le commissaire de district de Kasane, M. Noel Redman, dans la lettre de couverture du 26 janvier 1948 (par. 5), annonçant le rapport conjoint établi par lui-même et par M. Trollope, donne au secrétaire du gouvernement (Mafeking) les indications ci-après :

> « Depuis que le rapport ci-joint a été établi, j'ai reçu de nouvelles informations de la part d'un habitant de l'île, d'après lequel, en 1924, un chef caprivi appelé Liswaninyana aurait demandé au capitaine Neale [sic : Nellie], le magistrat résident à Kasane, l'autorisation pour les membres de sa tribu de cultiver l'île et d'y faire paître du bétail. L'autorisation a bien entendu été accordée verbalement et il n'a pas été signé d'accord écrit. A l'époque, les bœufs du gouvernement paissaient sur l'île mais ils ont été évacués en 1925. Avant 1924, toujours d'après le même informateur, il y avait une famille caprivi qui pratiquait la culture sur l'île mais sans autorisation. » (Mémoire du Botswana, annexes, vol. III, annexe 22, p. 265 ; CR 99/7, p. 23-24 (Brownlie).)

62. Toutefois, ces renseignements complémentaires rapportés par M. Redman portent sur des actes qui sont postérieurs à 1914, la date critique servant à déterminer la conduite ultérieurement suivie par les parties aux fins d'interpréter l'accord anglo-allemand de 1890. En outre, le témoignage que M. Redman rapporte ne fournit qu'une preuve par ouï-dire. En outre, comme la Namibie le fait observer :

> « en 1924, le capitaine Neale avait un rôle double. Il était à la fois commissaire de district à Kasane, pour le protectorat du Bechuana-

istrator of the Eastern Caprivi under the League of Nations Mandate for South-West Africa. Thus, even if he had authorized Liswaninyana to cultivate on the Island, this action would not necessarily prove that the Protectorate exercised control over the Island. Given Captain's Neale's dual functions, his alleged authorization to use Kasikili Island cannot be properly assessed without first determining whether he was acting as administrator of the Eastern Caprivi or as administrator of the Bechuanaland Protectorate's District of Kasane." (Reply of Namibia, p. 108, para. 244.)

63. (3) Botswana relies on the fact that it was not until 6 March 1992 that Namibia made any representation complaining about its people being unable to use Kasikili Island, notwithstanding that they ceased to do so in 1937, according to the statements made by Chief Moraliswani, or in 1958 as some of Namibia's witnesses testified (CR 99/7, p. 25 (Brownlie)). However, 1914 is the critical date for determining the subsequent practice of the Parties. Therefore these facts, which took place afterwards are irrelevant because of the existence of the mandate over South West Africa.

64. (4) According to Botswana, no group had exclusive use of the Island for farming purposes because in the 1940s seven families of Barotse migrants lived in the Sedudu area, the term Batoka being the local Chobe name for people coming from what is now part of Zambia, and worked fields on the Island. Botswana maintains that this fact is evidenced by the Chobe annual reports attached to Botswana's Reply (Anns. 7 and 8). (Reply of Botswana, p. 45, para. 125; Annexes, Anns. 7 and 8, pp. 14-20, 21-22; CR 99/7, p. 25 (Brownlie)). Furthermore, Botswana stresses that one of the witnesses, Keorapetse Mokhiwa, a 70 year-old peasant, said "fields were very small because people used to plough with hand, these hand ploughs" (CR 99/8, p. 13, para. 4.5 (Fox)).

65. However, this contention is not relevant *per se*, because it refers to facts which occurred after 1914, the critical date for the determination of the subsequent practice of the Parties for the purpose of interpreting Article III of the 1890 Anglo-German Agreement. Furthermore, Sedudu is a name identifying not only Kasikili Island but also Sedudu Valley on the Botswana side of the River Chobe. Therefore, even admitting that those families were living and working in "Sedudu", it has not been demonstrated that "Sedudu" in this specific case meant Kasikili Island.

66. (5) In its oral pleadings Botswana stressed that the exchange of letters between Messrs. Trollope and Dickinson (1948-1951) maintained the *status quo ante*. However, in my opinion, the *status quo ante* favours Namibia's position as to the subsequent practice of the Parties (see para. 50 above).

land, et administrateur du Caprivi oriental en vertu du mandat de la Société des Nations sur le Sud-Ouest africain. Dans ces conditions, même s'il avait autorisé Liswaninyana à cultiver l'île, cette mesure n'aurait pas nécessairement prouvé que le protectorat contrôlait l'île. Etant donné le double rôle ainsi imparti au capitaine Neale, il n'est pas possible d'apprécier correctement l'autorisation qu'il aurait donnée d'utiliser l'île de Kasikili sans établir d'abord s'il agissait en qualité d'administrateur du Caprivi oriental ou en qualité d'administrateur du district de Kasane dans le protectorat du Bechuanaland.» (Réplique de la Namibie, p. 108, par. 244.)

63. 3) Le Botswana s'appuie sur le fait que ce n'est pas avant le 6 mars 1992 que la Namibie commence à se plaindre que ses habitants soient dans l'impossibilité d'utiliser l'île de Kasikili, bien qu'ils aient mis fin à cette utilisation en 1937 d'après les déclarations du chef Moraliswani ou en 1958 comme certains témoins de la Namibie l'ont affirmé (CR 99/7, p. 25 (Brownlie)). Or, la date critique servant à établir la conduite ultérieure des parties est 1914. Les faits en question, par conséquent, qui se situent tous après cette date, sont dénués de pertinence du fait de l'existence du mandat sur le Sud-Ouest africain.

64. 4) D'après le Botswana, aucun groupe n'avait l'exclusivité de l'utilisation de l'île à des fins agricoles car, dans les années quarante, sept familles de migrants Barotse vivaient dans la région de Sedudu, le terme Batoka étant le nom local du Chobe pour les personnes originaires de ce qui fait actuellement partie de la Zambie, et ces familles cultivaient des champs situés sur l'île. Le Botswana soutient que le fait est prouvé par les rapports annuels sur le Chobe qui sont joints à sa réplique (annexes 7 et 8) (réplique du Botswana, p. 45, par. 125; annexes, annexes 7 et 8, p. 14-20, 21-22; CR 99/7, p. 25 (Brownlie)). En outre, le Botswana souligne que l'un des témoins, Keorapetse Mokhiwa, un paysan âgé de 70 ans, a déclaré que «les champs étaient très petits, parce que les gens labouraient à la main, avec des charrues à bras» (CR 99/8, p. 13, par. 4.5 (Fox)).

65. Cette thèse n'est toutefois pas pertinente en soi, parce qu'elle porte sur des faits postérieurs à 1914, c'est-à-dire postérieurs à la date critique pour la détermination de la conduite ultérieurement suivie par les Parties aux fins de l'interprétation de l'article III de l'accord anglo-allemand de 1890. En outre, Sedudu est un nom qui désigne non seulement l'île de Kasikili mais également la vallée de Sedudu sur le territoire botswanais que longe le fleuve Chobe. Par conséquent, à supposer même que les familles dont il est question fussent installées et travaillaient à «Sedudu», il n'a pas été prouvé que «Sedudu» dans ce cas précis désigne l'île de Kasikili.

66. 5) Dans ses plaidoiries, le Botswana a souligné par ailleurs que l'échange de lettres entre MM. Trollope et Dickinson (1948-1951) a servi à maintenir le *statu quo*. Or, à mon sens, le *statu quo* est favorable à la position qu'adopte la Namibie au sujet de la conduite ultérieurement suivie par les Parties (voir le paragraphe 50 ci-dessus).

67. (6) Botswana recalls the establishment by the British authorities of the Chobe Game Reserve in 1960, its northern delimitation corresponding with the international boundary between the Bechuanaland Protectorate and South West Africa. For this reason, in the opinion of Botswana, no cultivation has taken place on the Island since 1960 and, of course, in fact it had almost certainly ceased many years before (CR 99/7, p. 27 (Brownlie)). However, this argument is not relevant because 1914 is the critical date for determining the subsequent practice of the parties to the 1890 Anglo-German Agreement. Besides, as pointed out by Namibia, the Act creating the Chobe Game Reserve in 1960 refers to the 1933 British War Office GSGS 3915 Map, which indicates the southern channel as the international boundary (CR 99/1, p. 40, para. 64 (Chayes)).

68. (7) Botswana points out that, on the occasion of the planned visit of the President of Botswana to the vicinity of the Island in 1972, Mr. Slogrove stated:

> "The landing on this Island of a fully armed squad of the Botswana P.M.U. in August, 1972, during the Presidents visit for the purpose of searching it as a security measure strengthened my conviction that this Island was regarded as Botswana Territory." (Reply of Botswana, Annexes, Ann. 10, p. 25; CR 99/7, p. 28 (Brownlie)).

The two affidavits by Mr. Slogrove have already been examined and considered irrelevant because they refer to facts posterior to 1914, which is the critical date for determining the subsequent practice of the parties as a means of interpretation of the 1890 Anglo-German Agreement.

69. (8) For the same reason, the meeting of delegations of the Parties at Katima Mulilo in 1981, the eventual Pretoria Agreement of 1984 and the Botswana Note to South Africa dated 22 October 1986, referred to by Botswana (CR 99/7, p. 28 (Brownlie)), are irrelevant for the purpose of demonstrating the subsequent practice of the parties to the 1890 Anglo-German Agreement.

70. (9) Botswana also recalls that some ten of its witnesses gave evidence that they had been engaged in trekking cattle from Maun to the ferry at Kazungula in the 1930s and 1940s; and that they grazed cattle on Kasikili Island (CR 99/8, p. 26 (Fox)). However, those activities are also irrelevant to a determination of the subsequent practice of the Parties in 1914, which is the critical date for that purpose.

F. Maps

71. Since the critical date is 1914, all maps prepared afterwards are irrelevant to an interpretation of the 1890 Anglo-German Agreement by

67. 6) Le Botswana rappelle que les autorités britanniques ont créé en 1960 la réserve animalière du Chobe, dont la limite septentrionale correspond à la frontière internationale entre le protectorat du Bechuanaland et le Sud-Ouest africain. C'est pourquoi, de l'avis du Botswana, l'île n'est plus cultivée depuis 1960 et, bien entendu, en fait, la culture a quasi certainement pris fin bien des années auparavant (CR 99/7, p. 27 (Brownlie)). Toutefois, là encore, l'argument n'est pas pertinent puisque la date critique servant à établir la conduite ultérieurement suivie par les parties à l'accord anglo-allemand de 1890 est 1914. Du reste, comme le fait observer la Namibie, la loi portant création de cette réserve animalière en 1960 mentionne la carte GSGS 3915 établie en 1933 par le War Office britannique, laquelle indique que c'est le chenal sud qui sert de frontière internationale (CR 99/1, p. 40, par. 64 (Chayes)).

68. 7) Le Botswana fait observer qu'à l'occasion de la visite que le président du Botswana a envisagée de faire dans le voisinage de l'île en 1972, M. Slogrove a déclaré:

> «Le débarquement sur l'île d'un escadron en armes de la police militaire botswanaise en août 1972 pendant la visite des présidents, escadron qui était censé fouiller l'île par mesure de sécurité, a renforcé ma conviction que l'île était considérée comme appartenant au territoire botswanais.» (Réplique du Botswana, annexes, annexe 10, p. 25; CR 99/7, p. 28 (Brownlie).)

Les deux dépositions sous serment de M. Slogrove ont déjà été étudiées et jugées non pertinentes parce qu'elles portent sur des faits postérieurs à 1914, qui est la date critique à considérer pour déterminer la conduite ultérieure des parties afin d'interpréter l'accord anglo-allemand de 1890.

69. 8) Pour la même raison, la réunion de délégations des Parties à Katima Mulilo en 1981, l'accord finalement conclu à Pretoria en 1984 et la note du Botswana adressée à l'Afrique du Sud en date du 22 octobre 1986, dont le Botswana a fait état (CR 99/7, p. 28 (Brownlie)), sont sans pertinence quand il s'agit d'établir quelle a été la conduite ultérieure des parties à l'accord anglo-allemand de 1890.

70. 9) Le Botswana rappelle en outre qu'une dizaine de ses témoins ont dit dans leurs dépositions avoir régulièrement conduit du bétail depuis Maun jusqu'au ferry de Kazungula dans les années trente et quarante; et qu'ils faisaient paître du bétail sur l'île de Kasikili (CR 99/8, p. 26 (Fox)). Or, ces activités sont elles aussi sans pertinence quand il s'agit de déterminer la conduite ultérieure des Parties en 1914, qui est la date critique à retenir à cette fin.

F. Les cartes

71. Comme la date critique est 1914, toutes les cartes établies postérieurement à cette date sont sans pertinence quand on veut interpréter

reference to the subsequent practice of the parties. Therefore the only maps that need to be examined are the following.

72. (1) The ID 776 Map (1889) made by the British War Office, referred to in the 1890 Anglo-German Agreement, and the Map of Southern Zambezia (1891). However, neither is of any use because no boundary symbol appears along the Chobe River.

73. (2) The *Kriegskarte* 1:800,000 (1904) has a label indicating "Sulumbu's Island". However, as Namibia remarks, "the reproductions of this map in the Botswana Atlas (maps 4 and 5), on which Botswana seems to rely for analysis, are extremely poor and are not two maps but two copies of one map" (CR 99/4, p. 56 (Rushworth)). Botswana accepted those criticisms and acknowledged that "[t]he map depicts some features which are now not in conformity with the known geographical features" (Reply of Botswana, p. 71, para. 206). The map was not even mentioned by Botswana in its oral pleadings (CR 99/14, p. 27 (Fox)). Therefore, in my opinion, it is irrelevant.

74. *Seiner's Map* 1:500,000 (1909) shows Kasikili Island, even though labelled "Sulumbu's Island". However, as Namibia acknowledges, the key to the map "does not say how international boundaries are portrayed" (CR 99/4, p. 43 (Rushworth)). Therefore it is irrelevant for the purpose of determining the boundary line at Kasikili Island.

75. *Streitwolf's Map* 1:200,000 (1910) depicts Kasikili Island under the name "Kassikiri". However, it is irrelevant since no boundaries are shown, as Namibia points out (CR 99/4, p. 44 (Rushworth)).

76. *Von Frankenberg's Map* 1:100,000 (1912) shows Kasikili Island, again under the name "Kassikiri". The German word *"Flussarm"* appears above the southern channel and because of that Botswana concludes that the southern channel is not the "main channel" but a "side branch" of the Chobe River. Notwithstanding, Botswana has maintained that its case "is not based on maps, by reason of their lack of accurate information and their inconsistency" (Reply of Botswana, p. 99, para. 258). Moreover, the map does not show the international boundaries between the two countries. For this reason, in my opinion, it is irrelevant.

77. Hence none of the relevant maps which were submitted to the Court can serve to demonstrate the subsequent practice of the Parties for the purpose of interpreting the 1890 Anglo-German Agreement, bearing in mind that 1914 is the critical date for such demonstration. Consequently, in my opinion, it is not necessary to consider any questions relating to the cartographic principles governing the preparation of maps or the conditions which maps must satisfy in order to produce legal consequences, or their importance in the resolution of legal disputes.

l'accord anglo-allemand de 1890 sous l'angle de la conduite ultérieure des parties. Les seules cartes qu'il faut examiner sont par conséquent les suivantes:

72. 1) La carte ID 776 de 1889 établie par le ministère de la guerre britannique qui est évoquée dans l'accord anglo-allemand de 1890 et la carte de la Zambézie méridionale (de 1891). Toutefois, ni l'une ni l'autre de ces deux cartes ne présente la moindre utilité parce qu'il n'y figure aucun signe de frontière le long du Chobe.

73. 2) La carte *Kriegskarte* au 1/800 000 (qui date de 1904) porte une mention «île de Sulumbu», mais, comme la Namibie le fait observer, «les reproductions de cette carte dans l'atlas du Botswana (cartes 4 et 5), sur lesquelles le Botswana semble s'appuyer pour faire ses analyses sont de très mauvaise qualité, et ne sont pas deux cartes mais deux copies d'une même carte» (CR 99/4, p. 56 (Rushworth)). Le Botswana a accepté ces critiques et reconnu que «[l]a carte porte quelques caractéristiques qui ne sont pas conformes aujourd'hui avec les caractères géographiques connus» (réplique du Botswana, p. 71, par. 206). Et le Botswana n'a pas même évoqué ladite carte lors de ses plaidoiries (CR 99/14, p. 27 (Fox)). Cette carte est donc à mon sens sans pertinence.

74. La *carte de Seiner* au 1/500 000 (qui date de 1909) montre l'île de Kasikili, même si celle-ci est appelée «île de Sulumbu». Toutefois, comme la Namibie l'admet, la légende de la carte ne précise pas comment les frontières internationales sont indiquées» (CR 99/4, p. 43 (Rushworth)). Cette carte est donc sans pertinence quand on cherche à déterminer où se situe la frontière à la hauteur de l'île de Kasikili.

75. La *carte de Streitwolf* (de 1910) qui est établie au 1/200 000 indique l'île de Kasikili sous le nom de «Kassikiri». Elle est toutefois sans pertinence car elle ne signale aucune frontière, comme la Namibie le fait elle-même observer (CR 99/4, p. 44 (Rushworth)).

76. La *carte de Von Frankenberg* de 1912, établie au 1/100 000, montre l'île de Kasikili, là encore sous le nom de «Kassikiri». Le mot allemand «*Flussarm*» apparait au-dessus du chenal sud et le Botswana en déduit que le chenal sud n'est pas le «chenal principal» mais un bras annexe du Chobe. Quoi qu'il en soit, le Botswana a soutenu qu'il ne se fondait pas sur les cartes, parce qu'elles ne donnent pas de renseignements exacts et ne sont pas cohérentes (réplique du Botswana, p. 99, par. 258). En outre, ladite carte n'indique pas les frontières internationales entre les deux pays. J'estime par conséquent qu'elle est sans pertinence.

77. Il faut donc constater qu'aucune des cartes qui ont été soumises à la Cour ne peut servir à établir quelle a été la conduite ultérieure des Parties aux fins d'interpréter l'accord anglo-allemand de 1890, la date critique à respecter aux fins d'établir ladite conduite étant 1914. Il n'y a donc pas lieu, à mon sens, d'examiner des questions ayant trait aux principes cartographiques applicables à l'établissement de cartes ni d'examiner les conditions auxquelles les cartes doivent répondre pour produire des effets juridiques, ni de voir quelle importance elles revêtent pour la solution de différends d'ordre juridique.

G. Aerial Photographs and Satellite Images

78. The aerial photographs and satellite images submitted to the Court do not contain any indication which would enable it to determine the boundary between the Parties at Kasikili Island, even though they may have relevance in relation to the question whether Kasikili Island was occupied or cultivated. However, they are irrelevant because they were taken after 1914, the critical date as regards the subsequent practice of the Parties for purposes of interpreting the 1890 Anglo-German Agreement. Moreover, aerial photographs or satellite images cannot determine whether any occupation of Kasikili Island was carried out by Masubia people of the Eastern Caprivi or by natives or authorities of the Bechuanaland Protectorate.

H. Peaceful and Public Use of Kasikili/Sedudu Island by Masubia Tribesmen from Eastern Caprivi

79. The German Government first established an administrative presence in the Eastern Caprivi in February 1909. As Namibia acknowledged, "Until then, from the European colonial perspective, the Eastern Caprivi was 'a no-man's land', essentially outside the law" (Memorial of Namibia, Vol. I, p. 88, para. 222).

80. The German Governor in Windhoek, Bruno von Schuckmann, issued an ordinance on 16 October 1908 closing the territory to all Europeans without an official permit, "thus laying the legal basis for the exercise of administrative authority in the region". At the same time he appointed Hauptmann Kurt Streitwolf as Imperial Resident of the Caprivi who, at the head of a contingent of four German military officers and 14 African policemen, entered the Strip on 25 January 1909. Some days later, on 3 February, Hauptmann Streitwolf reached the southern bank of the Zambezi, opposite Sesheke, and established a new town, named Schuckmannsburg, where he set up his headquarters.

81. Namibia adds that on 4 May 1909 Hauptmann Streitwolf installed Chikamatondo at Schuckmannsburg "as the Masubia Chief, responsible to him for the governance of the area", Kasikili Island being "clearly within his jurisdiction". Thus Germany established the method of "indirect rule" and the native chiefs were constituted as an integral part of the machinery of the German administration. For this reason, Namibia concludes, the German rule of the Eastern Caprivi was carried out through Chikamatondo and the Masubia tribal organization (Memorial of Namibia, pp. 88-93, paras. 222-232).

82. Namibia maintains that the same method of "indirect rule" persisted after the creation of the mandate over the territory of South West

G. Photographies aériennes et images par satellite

78. Les photographies aériennes et les images par satellite soumises à la Cour ne contiennent aucune indication permettant de déterminer où se situe la frontière entre les Parties à la hauteur de l'île de Kasikili, même si ces images peuvent être utiles quand on veut établir si l'île de Kasikili était occupée ou cultivée. Mais elles sont de toute façon sans pertinence parce qu'elles ont été prises après 1914, qui est la date critique quand on veut considérer quelle a été la conduite ultérieure des Parties pour interpréter l'accord anglo-allemand de 1890. En outre, des photographies aériennes ou des images par satellite ne permettent pas d'établir si l'occupation éventuelle de l'île de Kasikili était le fait des Masubia de la partie orientale du Caprivi ou bien le fait des autochtones ou des autorités du protectorat du Bechuanaland.

H. L'utilisation paisible et notoire de l'île de Kasikili/Sedudu par des membres de la tribu des Masubia originaires de la partie orientale du Caprivi

79. Le Gouvernement allemand a mis pour la première fois en place une présence administrative dans la partie orientale de la bande de Caprivi en février 1909. Comme la Namibie le dit elle-même, «le Caprivi oriental constituait auparavant, si l'on se place dans la perspective des Etats coloniaux européens, un *«no man's land»* situé pour l'essentiel en marge des lois» (mémoire de la Namibie, vol. I, p. 88, par. 222).

80. Le gouverneur allemand à Windhoek, Bruno von Schuckmann, prend le 16 octobre 1908 une ordonnance interdisant l'accès du territoire à tous les Européens qui n'étaient pas munis d'un permis officiel, «jetant ainsi les bases juridiques de l'exercice de l'autorité administrative dans la région». En même temps, il nomme le capitaine Kurt Streitwolf résident impérial au Caprivi et, à la tête d'un contingent de quatre officiers militaires allemands et de 14 policiers africains, Streitwolf se rend alors dans la bande de Caprivi le 25 janvier 1909. Quelques jours plus tard, le 3 février, le capitaine Streitwolf atteint la rive sud du Zambèze en face de Sesheke et il y crée une nouvelle localité qu'il appelle Schuckmannsburg où il établit son quartier général.

81. La Namibie ajoute que le 4 mai 1909 le capitaine Streitwolf a mis en place à Schuckmannsburg un notable, Chikamatondo, «en qualité de chef Masubia, répondant devant lui du gouvernement de la région», l'île de Kasikili relevant «manifestement de sa juridiction». C'est de cette façon que l'Allemagne a établi un régime d'«administration indirecte» et les chefs indigènes ont fait partie intégrante des rouages de ce régime. C'est ainsi que, conclut la Namibie, l'Allemagne a administré le Caprivi oriental par l'intermédiaire de Chikamatondo et de l'organisation tribale des Masubia (mémoire de la Namibie, p. 88-93, par. 222-232).

82. La Namibie soutient que le même régime d'«administration indirecte» a persisté après la mise en place du mandat sur le territoire du

Africa. The Governor-General of the Union of South Africa delegated responsibility for the Caprivi to the British High Commissioner for South Africa, with effect from 1 January 1921 (Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 93, pp. 5-8), who exercised his authority through the Bechuanaland Protectorate (Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 19, p. 257).

83. The British Administration lasted until 1929, when it was taken over directly by the Union of South Africa (Memorial of Namibia, Vol. V, Ann. 94, pp. 9-11; Memorial of Botswana, Annexes, Vol. III, Ann. 20, pp. 259-260.) During that period, British colonial officers also relied on the traditional authorities of the Masubia to carry out important governmental functions, such as administration of justice. This fact is evidenced by the reports written by Bechuanaland officials, acting as delegates of South Africa. Thus, all their Reports for the years 1927, 1928 and 1929 include the following paragraph:

> "Each village has its Induna or Headman who has authority to adjudicate according to Native Law and Custom amongst his followers. He is generally assisted by the older men. If they do not agree or if the plaintiff or defendant is not satisfied, then the case is taken to the Chief's Kgotla.
>
> The Chief's Kgotla or Court is the principal one and its judgments are final except that provision is made under Proclamation No. 1 of 1919 for appeals against the judgments of native chiefs in the Bechuanaland Protectorate, in the first instance to a Court composed of the Assistant Commissioner or Magistrate of the district and of the chief, and in the event of their disagreeing, then the Resident Commissioner decides the matter in dispute. When members of a tribe are punished by their own courts the penalty is usually one or more head of cattle. The fines become the sole property of the chief, although he may give some of the cattle to his councillors." (*Report of the Government of the Union of South Africa on South-West Africa for the Year 1927*, Counter-Memorial of Botswana, Ann. 11, p. 123; *Report of the Government of the Union of South Africa on South-West Africa for the Year 1928*, Counter-Memorial of Botswana, Ann. 12, p. 108; *Report of the Government of the Union of South Africa on South-West Africa for the Year 1929*, paras. 458-459, Counter-Memorial of Botswana, Ann. 13, p. 69, paras. 459-460.)

84. Botswana maintains that "it is implausible to suggest that the title could be generated by the agricultural activities of the Basubia"; that "there is simply no evidence that indirect rule conferred competence upon the Caprivi chiefs to make or unmake international boundaries"; and that Article VII of the 1890 Anglo-German Agreement provides that:

Sud-Ouest africain. Le gouverneur général de l'Union sud-africaine a déléguéla responsabilité du Caprivi au haut commissaire britannique pour l'Afrique du Sud, la délégation de pouvoir prenant effet le 1er janvier 1921 (mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 93, p. 5-8), et le haut commissaire a exercé son autorité par l'intermédiaire du protectorat du Bechuanaland (mémoire du Botswana, annexes, vol. III, annexe 19, p. 257).

83. L'administration fut britannique jusqu'en 1929, puis elle a été assumée directement par l'Union sud-africaine (mémoire de la Namibie, vol. V, annexe 94, p. 9-11; mémoire du Botswana, annexes, vol. III, annexe 20, p. 259-260). Au cours de cette période, les administrateurs britanniques des colonies faisaient également appel aux autorités traditionnelles des Masubia pour leur confier des tâches importantes, notamment l'administration de la justice. Le fait est prouvé par les rapports transmis par les fonctionnaires du Bechuanaland en leur qualité de délégués de l'Afrique du Sud. C'est ainsi, par exemple, que tous leurs rapports pour les années 1927, 1928 et 1929 comprennent le paragraphe ci-après:

> «Chaque village est doté de son Induna ou chef traditionnel qui est habilité à rendre la justice conformément à la loi et à la coutume indigènes au bénéfice de ses fidèles. Il est généralement aidé par des anciens. En l'absence d'accord, ou bien si le demandeur ou le défendeur n'est pas satisfait, le litige est porté devant le Kgotla du chef.
>
> Le Kgotla ou tribunal du chef est la juridiction suprême et ses arrêts sont définitifs à la réserve près qu'il est possible, sous l'effet de la proclamation n° 1 de 1919, de faire appel des décisions des chefs indigènes dans le protectorat du Bechuanaland, en première instance devant un tribunal composé du commissaire adjoint ou du magistrat du district et du chef, et, au cas où ils ne tomberaient pas d'accord, le commissaire résident se prononce en dernier ressort sur le litige. Quand les membres d'une tribu sont sanctionnés par leurs propres tribunaux, la peine consiste généralement à prélever une ou plusieurs têtes de bétail. Les bêtes confisquées deviennent la propriété exclusive du chef, mais ce dernier peut faire don d'une partie du bétail à ses conseillers.» (*Rapport du gouvernement de l'Union sud-africaine sur le Sud-Ouest africain pour l'année 1927*, contre-mémoire du Botswana, annexe 11, p. 123; *rapport du gouvernement de l'Union sud-africaine sur le Sud-Ouest africain pour l'année 1928*, contre-mémoire du Botswana, annexe 12, p. 108; *rapport du gouvernement de l'Union sud-africaine sur le Sud-Ouest africain pour l'année 1929*, par. 458-459, contre-mémoire du Botswana, annexe 13, p. 69, par. 459-460.)

84. Le Botswana dit qu'«il n'est pas plausible de donner à entendre que le titre pourrait découler des activités agricoles des Masubia»; qu'«il n'existe tout simplement aucune preuve que le régime d'administration indirecte donnait compétence aux chefs du Caprivi de faire ou défaire des frontières internationales»; et le Botswana rappelle les dispositions de l'article VII de l'accord anglo-allemand de 1890:

> "The two Powers engage that neither will interfere with any sphere of influence assigned to the other by Articles I to IV. One Power will not, in the sphere of the other, make acquisitions, conclude treaties, accept sovereign rights or protectorates, nor hinder the extensions of influence of the other.
>
> It is understood that no Companies nor individuals subject to one Power can exercise sovereign rights in a sphere assigned to the other, except with the assent of the latter."

Therefore Botswana concludes that occupation of Kasikili Island by the Masubia of the Eastern Caprivi cannot create any Namibian title to Kasikili Island (Counter-Memorial of Botswana, Vol. I, p. 12, para. 23.)

85. Nevertheless, Botswana admits:

> "The Government of Botswana is willing to accept that, both in German-controlled territory and in Bechuanaland Protectorate, the authority of the traditional chiefs was subjected to a process of colonial approval. The chiefs thus became *in a certain sense* agents of the colonial administration on both sides of the River Chobe. But there is no evidence, and no evidence is offered, to the effect *that the chiefs had authority to engage in title-generating activities*. Both legally and historically this would be eccentric." (Counter-Memorial of Botswana, p. 278, para. 685.)

86. However, Namibia does not claim that Germany was engaged in title-creating activities on Kasikili Island through the Masubia tribal organization. In the opinion of Namibia the title remained the same, the 1890 Anglo-German Agreement. However, the boundary delimitation made by its Article III was not clear and needed interpretation. Therefore, Namibia relies on the subsequent practice of the Parties in order to interpret the existing title, i.e., the 1890 Anglo-German Agreement; no new title was created, the existing title was confirmed and interpreted by subsequent practice.

87. The evidence presented by Namibia demonstrates that Germany administered the Eastern Caprivi Zipfel through the Masubia Chiefs and their tribal organization. They exercised judicial functions and had authority to render judgments. Their positive acts of exercise of jurisdiction over Kasikili Island were frequent enough, taking into account that they were undertaken in areas sparsely populated and very remote from the centres of civilization, as the territory of South West Africa was described in Article 22, paragraph 6, of the League of Nations Covenant

> «Les deux puissances s'engagent à ne pas intervenir dans une sphère d'influence attribuée à l'autre puissance en vertu des articles I à IV. Chaque puissance s'interdit, à l'intérieur de la sphère d'influence de l'autre puissance, de procéder à des acquisitions, de conclure des traités, d'accepter des droits souverains ou des protectorats ou de contrarier l'expansion de l'influence de l'autre puissance.
>
> Il est entendu qu'aucune personne physique ou morale de l'une ou de l'autre puissance ne peut exercer de droits souverains dans une sphère attribuée à l'autre puissance, sans le consentement de cette dernière.»

Par conséquent, le Botswana conclut que l'occupation de l'île de Kasikili par les Masubia du Caprivi oriental ne peut pas créer en faveur de la Namibie un titre quelconque sur l'île de Kasikili (contre-mémoire du Botswana, vol. I, p. 12, par. 23).

85. Le Botswana dit néanmoins:

> «Le Gouvernement botswanais est disposé à reconnaître que, tant dans le territoire sous administration allemande que dans le protectorat du Bechuanaland, l'autorité des chefs traditionnels était soumise à l'approbation du pouvoir colonial. Les chefs devenaient ainsi *en un certain sens* des agents de l'administration coloniale des deux côtés du Chobe. Mais rien ne prouve et il n'a été présenté aucune preuve démontrant *que les chefs avaient le pouvoir de se livrer à des activités susceptibles de donner naissance à un titre.* Une telle proposition serait aussi singulièrement étrange tant du point de vue juridique que du point de vue historique.» (Contre-mémoire du Botswana, p. 278, par. 685.)

86. Mais la Namibie ne prétend pas que l'Allemagne se livrait sur l'île de Kasikili à des activités susceptibles de donner naissance à un titre par l'intermédiaire de l'organisation tribale des Masubia. De l'avis de la Namibie, le titre demeurait le même, c'était celui qui figurait dans l'accord anglo-allemand de 1890. Toutefois, la délimitation de la frontière opérée à l'article III n'était pas claire et réclamait une interprétation. C'est pourquoi la Namibie s'appuie sur la conduite ultérieure des Parties afin d'interpréter le titre existant, c'est-à-dire l'accord anglo-allemand de 1890; il n'a pas été créé de titre nouveau, le titre existant a été confirmé et interprété par la conduite ultérieure des Parties.

87. Les éléments de preuve présentés par la Namibie montrent que l'Allemagne a administré la partie orientale de la bande de Caprivi par l'intermédiaire des chefs Masubia et de leur régime tribal. Ces chefs exerçaient des fonctions judiciaires et avaient le pouvoir de rendre des arrêts. Les actes positifs témoignant de l'exercice de leur juridiction sur l'île de Kasikili étaient assez fréquents, si l'on pense qu'ils intervenaient dans des régions peu peuplées et très éloignées des centres de civilisation, ce qui est la définition du territoire du Sud-Ouest africain donnée à l'article 22, para-

(see para. 27 above). The Bechuanaland authorities never challenged such jurisdictional acts. For this reason, in my opinion, the Chiefs were agents of the colonial administration and their acts represent the subsequent practice of the Parties for purposes of the interpretation of the 1890 Anglo-German Agreement.

VII. CONCLUSION

88. The considerations set out in the foregoing sections lead to the conclusion that the Masubia of the Eastern Caprivi were the only tribesmen who occupied Kasikili/Sedudu Island, at least until 1914; that their occupation of Kasikili/Sedudu Island was peaceful and public; and that even Botswana acknowledged that their chiefs "became *in a certain sense* agents of the colonial administration" (see para. 85 above). Therefore, in my opinion, the subsequent practice of Germany and Great Britain reflected their understanding that Kasikili/Sedudu Island formed part of German South West Africa and that the southern channel of the Chobe River was the "main channel" referred to in Article III, paragraph 2, of the 1890 Anglo-German Agreement. No subsequent practice of the parties to the Treaty was possible during the First World War when British troops exercised *de facto* control over South West Africa. In 1920 the League of Nations confirmed the establishment of the Mandate over South West Africa. During the existence of the Mandate over South West Africa (Namibia) neither of the Parties to the 1890 Anglo-German Agreement had competence to recognize, either by express agreement or by subsequent practice, that the aforementioned "main channel" of the Chobe River was the northern channel and not the southern channel, since this new interpretation would have represented a modification of the territory submitted to the Mandate. Consequently, the original understanding was maintained and for this reason, in my opinion, Kasikili/Sedudu Island forms part of Namibia and the southern channel of the Chobe River is the "main channel" referred to in Article III, paragraph 2, of the 1890 Anglo-German Agreement.

(*Signed*) Gonzalo PARRA-ARANGUREN.

graphe 6 du Pacte de la Société des Nations (voir paragraphe 27 ci-dessus). Les autorités du Bechuanaland n'ont jamais contesté ces actes juridictionnels. C'est pourquoi, à mon sens, les chefs autochtones étaient des agents de l'administration coloniale et leurs actes représentent la conduite ultérieure des Parties aux fins de l'interprétation de l'accord anglo-allemand de 1890.

VII. CONCLUSION

88. Les considérations qui font l'objet des sections précédentes m'amènent à conclure que les Masubia du Caprivi oriental étaient les seuls membres de tribu à occuper l'île de Kasikili/Sedudu, tout au moins jusqu'en 1914; que cette occupation de l'île était paisible et notoire; et que le Botswana lui-même a admis que leurs chefs «étaient devenus *en un certain sens* des agents de l'administration coloniale» (voir paragraphe 85 ci-dessus). J'estime par conséquent que la pratique ultérieurement suivie par l'Allemagne et la Grande-Bretagne procédait de l'idée partagée par les deux pays que l'île de Kasikili/Sedudu faisait partie du Sud-Ouest africain allemand et que le chenal sud du fleuve Chobe était le «chenal principal» visé à l'article III, paragraphe 2 de l'accord anglo-allemand de 1890. Il ne fut pas possible aux parties au traité d'adopter une conduite ultérieure pendant la première guerre mondiale, les troupes britanniques exerçant *de facto* leur contrôle sur le Sud-Ouest africain. En 1920, la Société des Nations a confirmé la création du mandat sur le Sud-Ouest africain. Tant que ce mandat a été en vigueur sur le Sud-Ouest africain (Namibie), aucune des parties à l'accord anglo-allemand de 1890 n'avait compétence pour reconnaître, que ce fût par accord exprès ou par leur conduite ultérieure, que ledit «chenal principal» du Chobe était le chenal nord et non le chenal sud, car cette interprétation nouvelle aurait représenté une modification du territoire sous mandat. Par suite, l'interprétation initiale a été conservée et c'est pourquoi, à mon sens, l'île de Kasikili/Sedudu fait partie intégrante de la Namibie et c'est le chenal sud du Chobe qui est le «chenal principal» visé à l'article III, paragraphe 2 de l'accord anglo-allemand de 1890.

(*Signé*) Gonzalo PARRA-ARANGUREN.

OPINION DISSIDENTE DE M. REZEK

Identification du chenal principal du Chobe dans la région de Kasikili/Sedudu — Ambiguïté de la géographie locale — Critique des arguments ayant trait à la navigabilité, à la visibilité et au prolongement naturel — Interprétation du traité anglo-allemand de 1890 à la lumière de l'histoire — Conduite des parties — Partage équitable des ressources du cours d'eau — Cartographie — Occupation effective de l'île — Prééminence des éléments conduisant à la détermination de la frontière dans le chenal sud et de la souveraineté de la Namibie sur Kasikili/Sedudu.

1. Je regrette de me trouver en complet désaccord avec la majorité. Je regrette particulièrement de me rendre compte de l'étendue de la distance qui sépare les convictions qui ont prévalu dans cet arrêt et mes propres convictions au sujet du principe de l'*uti possidetis*, dans le contexte du phénomène colonial et de l'accès des peuples à l'indépendance. Au fil des années passées au sein de l'instance suprême de mon pays j'ai appris que la majorité a toujours raison, et le temps a extirpé les dernières traces de doute que j'entretenais au début sur le bien-fondé de cet aphorisme. Ce qui suit n'est donc pas un plaidoyer en faveur de la cause perdue, d'autant plus que les deux Parties ont été représentées ici d'une manière irréprochable, leurs thèses ayant bénéficié de la part de leurs conseils d'une défense aussi complète que tenace. Je serais en mesure de souscrire très largement à celles de la Namibie, tout en rendant hommage à l'avis de la plupart des membres de la Cour. Je me bornerai à faire connaître de la façon la plus concise la portée de mon dissentiment.

2. La Cour a bien compris, à la lumière de l'article III du traité anglo-allemand de 1890, que sa tâche n'était point de déterminer tout simplement le thalweg du Chobe, mais plutôt d'identifier d'abord le chenal principal de la rivière là où son cours bifurque, pour déterminer ensuite le thalweg de ce chenal — *« im Thalweg des Hauptlaufes »* — suivant la version allemande qui précise, pour le lecteur de la version anglaise, de quel «centre» il s'agit.

3. Dans l'identification du chenal principal, lorsque les deux bras du Chobe se séparent pour enserrer l'île de Kasikili/Sedudu, l'arrêt paraît entendre privilégier la géographie, pourtant assortie d'ambiguïtés. Le chenal nord l'emporte en profondeur moyenne et serait donc plus aisément navigable que le chenal sud, lorsque les eaux du Chobe suffiraient à permettre une navigation quelconque. On parle néanmoins de navigabilité dans l'abstrait, puisqu'il est certain que le chenal sud a toujours connu, en matière de navigation effective, une plus grande affluence. C'est bien là, par ailleurs, que se situe la plus large part des ressources du Chobe, qui devraient être accessibles dans des conditions égales aux deux

DISSENTING OPINION OF JUDGE REZEK

[Translation]

Identification of the main channel of the Chobe in the Kasikili/Sedudu region — Ambiguous nature of local geography — Criticism of the arguments relating to navigability, visibility and natural prolongation — Interpretation of the 1890 Anglo-German Treaty in the light of history — Conduct of the Parties — Equitable sharing of watercourse resources — Cartography — Effective occupation of the Island — Preponderance of evidence in favour of the finding that the boundary lies in the southern channel and that Namibia has sovereignty over Kasikili/Sedudu.

1. I am sorry to find myself in complete disagreement with the majority. A particular source of regret is the gulf between the position taken by the Judgment and my own views concerning the principle of *uti possidetis* in the context of a colonial situation and the accession of peoples to independence. Over the course of my years of service on the Supreme Court of my own country, I learned that the majority is always right, and time has effaced any vestiges of doubt I entertained early on about the validity of that maxim. What follows, therefore, is not a plea in support of the losing side, particularly since both Parties had the benefit of impeccable representation in these proceedings, and their cases were argued thoroughly and tenaciously by their respective counsel. I could set out at length my support for the case put by Namibia, while paying tribute to the opinion of the majority of the Court's Members. However, I shall confine myself to indicating as succinctly as possible the substance of my dissent.

2. The Court correctly understood, in the light of Article III of the 1890 Anglo-German Treaty, that its task was not simply to determine the thalweg of the Chobe, but rather first of all to identify the point at which the main channel of the river bifurcates, and then to determine the thalweg of this channel — *"im Thalweg des Hauptlaufes"* — on the basis of the German version, which makes it clear, to readers of the English version, what is meant by the term "centre".

3. In identifying the main channel, where the two branches of the Chobe separate in order to encircle Kasikili/Sedudu Island, the Judgment appears to seek to attach more importance to geographical considerations, despite the attendant ambiguities. The northern channel has a greater mean depth and is therefore said to be more easily navigable than the southern channel, when the Chobe carries sufficient water to permit navigation at all. However, navigability is referred to in the abstract, since it is clear that, as far as actual traffic is concerned, the southern channel has always been more heavily used. It is there, moreover, that most of the Chobe's water resources are found, which should be

Parties, suivant un principe de base du droit des gens en matière de frontière fluviale.

4. Le chenal nord aurait encore le bénéfice de la plus grande «visibilité» de son dessein, de ses rivages, apparaissant ainsi, malgré l'incertitude qu'il n'a pas été possible de surmonter quant au volume comparé des eaux, comme le plus important des deux bras du Chobe qui entourent l'île de Kasikili/Sedudu. Je me demande si cela a pu signifier quoi que ce soit pour les puissances coloniales qui ont négocié le traité de 1890, ainsi que pour leurs agents dans la région controversée ou pour les communautés indigènes durant les décennies subséquentes. Il s'agit d'une «visibilité» que seule la photographie aérienne permet d'appréhender, et qui n'avait donc pas d'existence à l'époque où l'engagement bilatéral a été conclu et mis en œuvre.

5. Je ne suis pas en mesure de comprendre pourquoi le chenal nord constituerait le «prolongement naturel» du cours du Chobe lorsque le cours de ce dernier atteint l'île de Kasikili/Sedudu. Nous ne sommes pas en présence d'une voie ferrée ou d'une route, mais d'un cours d'eau naturel, dont le cheminement échappe aux lois de l'orthodromie. Mais si j'admettais qu'une telle considération morphologique doit être prise en compte, il me serait difficile de dire pourquoi le prolongement en amont mériterait de l'emporter sur le prolongement en aval: en effet, quand les deux chenaux se rejoignent, c'est bien l'orientation du chenal sud qui paraît se perpétuer dans le cours d'eau réunifié.

6. L'hétérogénéité du cadre géographique souligne l'importance du facteur historique, dès lors qu'il s'agit de bien interpréter le traité de 1890. Les parties ont vraisemblablement utilisé les formules usuelles de détermination de la ligne limitrophe, lorsque celle-ci suit un cours d'eau sur lequel se trouvent des îles, sans accorder une attention particulière aux caractéristiques propres de la région de Kasikili/Sedudu. Il est néanmoins certain que les deux puissances ont pris conscience, avec le temps, du besoin de parvenir à une interprétation correcte du traité pour ce qui est de la détermination de la frontière dans ce site précis. Plutôt que d'essayer de savoir ce que les parties ont voulu dire avec les mots «chenal principal», puisqu'elles n'ont probablement rien entendu dire de spécial, il revenait à la Cour de déterminer, dans les limites de l'aire controversée, ce qu'elles ont lu dans ces mots durant les décennies qui ont suivi la conclusion du traité de 1890.

7. Il me semble tout de même établi que l'accès fluvial au Zambèze n'a pas représenté l'objectif essentiel pour les parties au traité de 1890, en particulier pour l'Allemagne. J'admets que le traité a été négocié surtout pour délimiter les sphères d'influence entre les deux puissances. Un tel but devait être atteint à la lumière de certains principes sur la frontière fluviale, au premier rang desquels figure celui de l'égalité d'accès aux ressources du cours d'eau. L'analyse de l'objet et du but du traité de 1890 conduit elle aussi à l'identification du chenal sud comme chenal principal:

accessible to both Parties equally, in accordance with a basic principle of international law relating to river boundaries.

4. The northern channel is also said to have greater "visibility" in terms of its contours and banks, and is thus regarded, despite the lingering uncertainty about comparative volumes of water, as the more substantial of the two branches of the Chobe surrounding Kasikili/Sedudu. I ask myself whether this could have had any significance whatsoever to the colonial powers who negotiated the 1890 Treaty, or to their agents in the disputed region or to the indigenous communities over subsequent decades. This "visibility" is evidenced only by aerial photography, and was therefore non-existent at the time when the bilateral agreement was concluded and implemented.

5. I am unable to understand why the northern channel is considered to constitute the "natural prolongation" of the course of the Chobe when it reaches Kasikili/Sedudu Island. We are dealing here not with a railway or a road, but with a natural watercourse, which does not necessarily follow the most direct route. However, were I to accept that such morphological considerations should be taken into account, it would be difficult for me to say why the upstream prolongation should be given more importance than the downstream prolongation: indeed, when the two channels come together again, it is in fact the southern channel which appears to determine the orientation of the reunited watercourse.

6. The variability of the geographical aspect highlights the importance of the historical factor, when it comes to interpreting the 1890 Treaty correctly. It is likely that the parties used the conventional formulas for determination of the boundary line when it follows a watercourse on which islands are located, without according any particular attention to the features specific to the Kasikili/Sedudu area. There is no doubt, however, that the two powers became aware, with the passage of time, of the need to arrive at a proper interpretation of the Treaty in regard to the determination of the boundary at that precise location. Rather than seek to ascertain what the parties concerned meant by the words "main channel", since they probably had nothing special in mind, it fell to the Court to determine, with specific reference to the disputed area, what they read into those words during the decades following the conclusion of the 1890 Treaty.

7. All the same, it seems to me proven that access by river to the Zambezi was not the key objective for the parties to the 1890 Treaty, particularly for Germany. I accept that the main aim in the treaty negotiation was to delimit spheres of influence between the two powers. That aim was to be attained in the light of certain principles governing river boundaries, foremost among which is that of equality of access to the resources of a watercourse. An examination of the object and purpose of the 1890 Treaty also results in the identification of the southern channel as the main channel:

> «Car, s'il faut retracer la frontière suivant le chenal nord, la Namibie se trouverait totalement coupée du chenal sud — ce qu'elle est en fait aujourd'hui en raison de l'occupation militaire illégale de l'île. Elle serait alors privée de l'utilisation du Chobe là où il répond effectivement aux besoins et aux intérêts des deux Etats riverains. Prolonger cette situation en traçant de nouvelles frontières comme le revendique le Botswana serait incompatible avec l'objet et le but du traité de 1890. Ce serait également porter atteinte au principe général de la répartition équitable et raisonnable des ressources d'un cours d'eau frontière énoncé par la Cour dans l'affaire relative au *Projet Gabčikovo-Nagymaros*.» (Delbrück, pour la Namibie, CR 99/1, p. 66.)

8. Dans son ensemble, la pratique qui a suivi la conclusion du traité de 1890 indique que, depuis les premières décennies, les parties ont identifié le chenal sud comme étant le chenal principal du Chobe, lorsque ce dernier atteint l'île de Kasikili/Sedudu. L'arrêt l'admet d'ailleurs, en disant que jusqu'en 1947 la frontière «était jusque-là supposée se situer dans le chenal sud du Chobe» (par. 62).

9. Les accords entre les parties concernant l'interprétation du traité de 1890 ou l'application de ses règles donnent des indications variées dans leur sens. En ce qui concerne tant l'opinion de M. Eason que le rapport Trollope-Redman de 1948, je pense que la Namibie a raison lorsqu'elle affirme que:

> «La question de savoir si le chenal le plus profond est le «chenal principal» au sens du traité appelle une déduction sur un point de droit, au sujet duquel les fonctionnaires n'avaient aucune compétence particulière. Si, comme l'affirme la Namibie, la profondeur n'est pas le critère approprié aux fins d'identifier le chenal principal, alors les rapports de ces fonctionnaires ne nous sont d'aucun secours pour déterminer quel est le chenal principal.» (Chayes, pour la Namibie, CR 99/11, p. 56.)

L'accord Trollope-Dickinson de 1951 préserve le *statu quo ante*, notamment pour ce qui est de l'occupation de l'île par les Masubia, ainsi que pour l'ouverture «à tous» du chenal nord. Les parties «réservent leurs droits». Ce *gentlemen's agreement* m'a paru surtout indicatif de l'inutilité de déclarer ouvert le chenal sud, entendu comme frontière internationale.

10. Les éléments de preuve cartographiques sont nombreux et il est vrai qu'ils manquent d'une parfaite uniformité. Mais il n'y a pas qu'une majorité numérique de cartes selon lesquelles le chenal sud représente la frontière à Kasikili/Sedudu. J'ai été sensible à la variété d'origine et à la continuité dans le temps que traduisent ces pièces: la carte allemande de 1909; la carte britannique GSGS 3915 de 1933; la carte sud-africaine TSO 400/558 de 1949; la carte n° 3158 de l'ONU, publiée en 1985). Les

> "For, if the boundary were to be redrawn along the northern channel, Namibia would be entirely shut off from the southern channel — as it is, indeed, today because of the illegal military occupation of the Island. It would thereby be denied the use of the Chobe River where it actually serves the needs and interests of both riparian States. To continue this state of affairs by redrawing the boundary according to Botswana's claims would be incompatible with the object and purpose of the 1890 Treaty. It would also subvert the general principle of equitable and reasonable sharing of the resources of a boundary river enunciated by this Court in the case concerning the *Gabčíkovo-Nagymaros Project*." (CR 99/1, p. 66 (Delbrück, for Namibia)).

8. Practice subsequent to the conclusion of the 1890 Treaty indicates as a whole that, as from the first decades after that date, the parties identified the southern channel as the main channel of the Chobe, where the latter reaches Kasikili/Sedudu Island. This is, moreover, acknowledged in the Judgment, which states that prior to 1947 the boundary "had until then been supposed to be located in the southern channel of the Chobe" (para. 62).

9. The agreements between the parties concerning the interpretation of the 1890 Treaty or the application of its rules contain information of varying import. As far as both Captain Eason's opinion and the 1948 Trollope-Redman report are concerned, I consider that Namibia is correct in its assertion that:

> "The question whether the deeper channel is 'the main channel' within the meaning of the Treaty is an inference of law, as to which the officials have no particular expertise. If, as Namibia contends, the criterion of depth is not the correct one for identifying the main channel, then the reports of the officials are of no assistance in determining the main channel." (CR 99/11, p. 56 (Chayes).)

The Trollope-Dickinson agreement of 1951 confirmed the *status quo ante*, particularly as regards occupation of the Island by the Masubia, as well as the designation of the northern channel as "free for all". The parties "reserved their rights". I regarded this "gentlemen's agreement" as primarily indicative of the redundancy of declaring open the southern channel, which was understood to be the international boundary.

10. The map evidence is copious, but admittedly is not totally consistent. However, it is not just a matter of there being a numerical majority of maps on which the boundary at Kasikili/Sedudu is depicted as the southern channel; I was struck by the variety of sources and the temporal continuity displayed by these documents: the 1909 German map; the 1933 British map GSGS 3915; the 1949 South African map TSO 400/558; the United Nations map No. 3158, published in 1985. The most

pièces les plus remarquables de la cartographie dressée durant cette longue période correspondent à l'occupation effective de l'île et confortent à mon avis le droit de la Namibie.

11. Il y a place, en principe, pour l'application, en l'espèce, des doctrines de la prescription et de l'acquiescement. Une telle application entre pleinement dans les prévisions du compromis, on l'admettra volontiers.

Ces doctrines expriment des règles coutumières du droit des gens, par ailleurs de très anciennes règles coutumières, fondées sur des principes généraux comme celui de l'effectivité et celui de la bonne foi, ainsi que sur des impératifs de la raison tels que la considération du temps qui passe et de l'inertie. La Cour est compétente, suivant le compromis, pour statuer «sur la base du traité anglo-allemand du 1er juillet 1890 et des règles et principes du droit international».

12. J'estime que l'occupation de l'île par les Masubia venus du côté caprivien du Chobe, réalité incontestable, remontant dans le temps à un moment proche de l'entrée en vigueur du traité de 1890, et ayant duré au moins jusqu'à une date proche de l'indépendance du Botswana et peut-être même postérieure à celle-ci, serait de nature à justifier la prescription acquisitive. Mais l'interprétation du traité de 1890 à la lumière de l'histoire, et d'une façon au moins parfaitement compatible avec l'hydromorphologie de l'aire contestée, me suffit à reconnaître le droit du bénéficiaire potentiel de la prescription, c'est-à-dire la Namibie. S'il en était autrement — en particulier, si l'interprétation du traité conduisait effectivement à la localisation du chenal principal du Chobe au nord de Kasikili/Sedudu — je serais en mesure d'affirmer que la prescription acquisitive de la Namibie était parachevée avant même l'indépendance des deux anciennes colonies: une prescription assortie de tous ses éléments, y compris l'acquiescement de l'autre puissance coloniale.

13. L'arrêt ne nie pas que «des liens d'allégeance ont pu exister entre les Masubia et les autorités du Caprivi» (par. 98). Il considère pourtant qu'il n'a pas été «établi que les membres de cette tribu occupaient l'île «à titre de souverain». Pour moi, l'*animus* de l'occupation, sa nature et ses effets doivent être appréciés suivant le milieu et l'époque. Je me demande, ainsi, de quels gestes, de quels signes les Masubia auraient dû assortir leur présence sur l'île de Kasikili/Sedudu, pour que l'on reconnaisse qu'ils étaient là «à titre de souverain». Vider de toute valeur juridique l'occupation indigène de l'île, considérer que ce peuple était dépourvu des droits nécessaires pour s'y trouver «à titre de souverain», c'est quelque chose qui à mon avis n'aurait de sens que si l'on était encore à la première moitié du siècle et si la controverse sur la frontière n'opposait pas les successeurs de l'Allemagne et de la Grande-Bretagne, mais les deux puissances elles mêmes.

14. Les Masubia étaient des «personnes privées», soutient l'arrêt. Leur allégeance ne suffisait donc pas. Il aurait fallu peut-être une présence continue d'agents de l'Etat allemand pour justifier soit la prescrip-

impressive cartographic materials produced over that lengthy period date from the period of effective occupation of the Island and, in my view, confirm Namibia's rights.

11. There is scope, in principle, for the application in this case of the doctrines of prescription and acquiescence. Such application is fully in keeping with the provisions of the Special Agreement, as readily acknowledged.

These doctrines give expression to customary rules of international law, which are moreover of long standing, based on general principles such as "effectivité" and good faith, as well as on the dictates of reason, such as consideration of the passage of time and of failure to act. The Court has jurisdiction, under the terms of the Special Agreement, to give a ruling "on the basis of the Anglo-German Treaty of 1 July 1890 and the rules and principles of international law".

12. I consider that the occupation of the Island by the Masubia from the Caprivi side of the Chobe, an indisputable fact, dating back to a point in time close to the entry into force of the 1890 Treaty, and continuing at least until — and perhaps even beyond — a date close to that of Botswana's independence, can be considered to provide justification for acquisitive prescription. However, in my view interpretation of the 1890 Treaty in the light of history, and in a manner at least fully compatible with the hydromorphology of the disputed area, in itself provides sufficient grounds for recognition of the rights of the potential beneficiary of prescription, i.e., Namibia. Even if that were not so — in particular, if the interpretation of the Treaty effectively resulted in placing the main channel of the Chobe to the north of Kasikili/Sedudu — I would find myself able to take the view that the process of acquisitive prescription in favour of Namibia was completed even before the two former colonies became independent: a process involving all the attendant elements of prescription, including acquiescence by the other colonial power.

13. The Judgment does not deny that "links of allegiance may have existed between the Masubia and the Caprivi authorities" (para. 98). It does not, however, consider it "proven that the members of this tribe occupied the Island *à titre de souverain*". To my mind, the *animus* of the occupation, its nature and its effects must be evaluated in the light of the surrounding circumstances and the period. What actions or indicia would have had to mark the presence of the Masubia on Kasikili/Sedudu Island in order for it to be recognized that they were there *à titre de souverain?* In my opinion, to deny that the indigenous occupation of the Island has any legal legitimacy and to take the view that this people lacked the necessary rights to live there *à titre de souverain* is an approach which would only make sense if we were still living in the first half of the century and the boundary dispute was not between the successors of Germany and Great Britain, but between the two powers themselves.

14. The Masubia were "private persons" according to the Judgment. Their allegiance did not, therefore, constitute sufficient title. It would perhaps have required the continued presence of agents of the German State

tion acquisitive, soit l'idée d'une conduite apportant la démonstration d'une certaine interprétation du traité de 1890. Je suis tout de même porté à croire que les personnes privées sont la plus parfaite évidence d'une occupation pacifique, qui mérite la protection du droit. Des personnes privées — non pas des agents d'Etat — ont écrit l'histoire de l'*uti possidetis* dans une partie considérable du continent américain, où elles ont modifié le tracé des frontières, souvent à rebours des titres des puissances coloniales.

15. J'admettrais volontiers que l'occupation par des personnes privées serait dépourvue d'une valeur pareille si la communauté en question s'y trouvait sous l'autorité de l'autre puissance, ou si à tout le moins elle y coexistait avec des agents de l'autre puissance. Dans l'espèce, même la présence de personnes privées d'allégeance britannique n'a pas été confirmée sur l'île de Kasikili/Sedudu avec un minimum de constance. De là la pertinence de l'enseignement de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental* :

> « Il est impossible d'examiner les décisions rendues dans les affaires visant la souveraineté territoriale sans observer que, dans beaucoup de cas, le tribunal n'a pas exigé de nombreuses manifestations d'un exercice de droits souverains pourvu que l'autre Etat en cause ne pût faire valoir une prétention supérieure. Ceci est particulièrement vrai des revendications de souveraineté sur des territoires situés dans des pays faiblement peuplés ou non occupés par des habitants à demeure. » (*C.P.J.I. série A/B n° 53*, p. 46, *arrêt du 5 avril 1933*.)

16. Avec respect et non sans regret, je me dissocie de la majorité de la Cour. J'aurais donné à l'affaire la solution contraire.

(*Signé*) Francisco REZEK.

to justify either acquisitive prescription or the idea of conduct serving to confirm a particular interpretation of the 1890 Treaty. I nevertheless incline to the view that private persons provide perfect evidence of a peaceful occupation which deserves the protection of the law. Private persons — not agents of the State — wrote the history of *uti possidetis* in much of the American continent, where they altered the course of frontiers, frequently in defiance of the claims of the colonial powers.

15. I would readily admit that occupation by private persons would have no such legitimacy if the community in question was there under the authority of the other power or, at the very least, if it lived side by side with agents of the other power. In this case, even the presence on Kasikili/Sedudu Island of private persons bearing allegiance to Great Britain has not been confirmed with a minimum degree of permanency. Hence the relevance of the lesson drawn by the Permanent Court of International Justice in the case concerning the *Legal Status of Eastern Greenland*:

> "It is impossible to read the records of the decisions in cases as to territorial sovereignty without observing that in many cases the tribunal has been satisfied with very little in the way of the actual exercise of sovereign rights, provided that the other State could not make out a superior claim. This is particularly true in the case of claims to sovereignty over areas in thinly populated or unsettled countries." (Judgment of 5 April 1933, *P.C.I.J., Series A/B, No. 53*, p. 46.)

16. With all due respect and not without regret, I dissociate myself from the majority of the Court. I would have reached the opposite conclusion in this case.

(*Signed*) Francisco Rezek.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

ISSN 0074-4441
ISBN 92-1-070840-7